Zur Lehre
von der
Beweislast nach dem Bürgerl. Gesetzbuche.

Von einer hohen
Juristenfakultät der Königl. Universität München
approbierte

Inauguraldissertation

von

Hugo Kress
Rechtspraktikant.

Würzburg 1899.
Gnad & Cie. (Carl Amslinger).

Druck der Münchner Handelsdruckerei und Verlagsanstalt M. Poeßl.

Zur Lehre
von der
Beweislast nach dem Bürgerl. Gesetzbuche.

Von einer hohen

Juristenfakultät der Königl. Universität München

approbierte

Inauguraldissertation

von

Hugo Kress

Rechtspraktikant.

Würzburg 1899.

Gnad & Cie. (Carl Amslinger).

Dem Kgl. Justizrat und Rechtsanwalt

Herrn

Dr. Josef von Schmitt

in dankbarer Verehrung zugeeignet.

Inhalt.

Abkürzungen.

a. a. O. = am angegebenen Orte.
B. G.-B. = Bürgerliches Gesetzbuch.
C.-P.-O. = Civilprozeßordnung.
G.-K.-G. = Gerichtskostengesetz.
Entw. I, II, III = Entwurf erster Lesung (I), die Teilentwürfe der zweiten Lesung (II) und die Reichstagsvorlage (III).
Mot. = Motive zum Entw. I. Lesung des Bürgerl. Gesetzbuches.
Prot. II = Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Vorbemerkung.

Die Bedeutung, welche die Beweislast für den gemeinen Prozeß hatte, kommt ihr nach unserem heutigen Prozeßrechte nicht mehr zu. Nach dem gemeinen Prozeßrechte wurde, wenn die zur Begründung der Parteianträge angebrachten Thatsachen beweisbedürftig waren, das Beweisverfahren durch ein besonderes Erkenntnis, das Beweisinterlokut oder Beweisurteil, eröffnet. In diesem Beweisurteile wurden die zur Begründung der Parteianträge vorgetragenen erheblichen und beweisbedürftigen Thatsachen und ebenso die beweispflichtigen Parteien bezeichnet. War das Beweisurteil rechtskräftig, so war sein Inhalt für das Endurteil maßgebend. Der Richter, welcher das letztere erließ, hatte lediglich zu prüfen, ob die auferlegten Beweise erbracht oder nicht erbracht waren; an die im Beweisurteile zum Ausdruck gebrachte Auffassung bezüglich der Relevanz der zum Beweis verstellten Thatsachen und an die hier geschehene Beweislastverteilung war er gebunden.

Diese Beweisurteile waren im gemeinen Prozeß sehr häufig; Weber[1]) und Leyser[2]) tadeln, daß die Richter geneigt seien, auch dann Beweisinterlokute zu erlassen, wenn nach dem Ergebnisse der Verhandlung sofort das definitive Endurteil hätte gefällt werden können.

Es ist klar, daß, soweit Beweisinterlokute in den Prozessen vorkamen, das Schicksal des ganzen Prozesses in erster Linie von der richtigen Entscheidung über die Beweislast abhing. Wenn einer Partei unrichtigerweise im Beweis-

---

[1]) Weber, Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Zivilprozeß S. 19.

[2]) Med. ad Pand. sp. 467 med 1.

urteile ein Beweis auferlegt worden war, so waren Richter wie Parteien hieran gebunden; konnte die Partei diesen Beweis nicht führen, so mußte das Endurteil gegen sie erlassen werden; wenn der Beweissatz im Beweisurteile zu weit gefaßt war, wenn ihm insbesondere irrelevante Thatsachen beigemischt waren, so war der Beweispflichtige benachteiligt, indem er nun diesen Beweis bei Meidung eines ungünstigen Erkenntnisses führen mußte; war umgekehrt der Beweissatz zu enge gefaßt, so war der Gegner des Beweispflichtigen im Nachteile.

Der Richter mußte im Beweisinterlokute stets eine Entscheidung über die Beweislast treffen; für die Partei war es von von größtem Interesse, sich über ihre Beweislast klar zu werden, um sich gegen Auferlegung eines sie nicht treffenden Beweises wehren zu können.

Nach unserem heutigen Prozeßrechte wird durch Urteil über die Frage, wer zu beweisen hat und was zu beweisen ist, vor dem Urteile, dem unbedingten Endurteile, nur beim Eidesbeweise entschieden; soweit auf die Leistung des zugeschobenen Eides durch bedingtes Endurteil erkannt wird, was die Regel ist, hat die Frage nach der Beweislastverteilung ihre frühere Bedeutung behalten. Auch für den richterlichen Eid ist diese Frage insoferne wichtig, als zur Auferlegung eines richterlichen Eides nur geschritten werden kann, wenn für die beweispflichtige Partei wenigstens einiger Beweis, nicht aber, wenn für den Gegner etwas beigebracht ist.[1])

Abgesehen vom Eidesbeweis[2]) werden nach unserem heutigen Prozeßrechte alle Beweiserhebungen durch Beschluß angeordnet, welchen das Gericht nach Belieben abändern oder aufheben kann. Dadurch hat die Frage nach der

[1]) Plank, Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechtes II § 128. Hellmann, Lehrbuch des Civilprozeßrechts S. 594. L. Seuffert, Kom. z. Civ. P. O. S. 575 ff.

[2]) Auch der Eid kann in einigen Fällen durch Beschluß auferlegt werden: §§ 461, 595 Abs. 4 C. P. O.

Beweislastverteilung an Bedeutung gegenüber dem gemeinen Prozesse verloren. Diese Frage wird mit der erwähnten Ausnahme nicht mehr vor der Beweisaufnahme durch Beweisurteil entschieden, sondern erst beim Endurteile zum Austrag gebracht; das Endurteil ergeht nemlich immer gegen jene Partei, welche eine ihr nach den Beweislastregeln obliegende Behauptung gar nicht in den Prozeß eingeführt oder, was dem gleichsteht, im Falle der Beweisbedürftigkeit nicht mit dem gehörigen Beweisangebote versehen, oder aber die zwar eingeführte und mit Beweisangebot versehene Behauptung nicht bewiesen hat.[1])

Immerhin wird sich eine vorsichtige Partei bereits im Laufe des Verfahrens über ihre Beweislast Klarheit verschaffen, damit sie nicht versäumt, die nach den Beweislastregeln von ihr zu behauptenden und zu beweisenden Thatsachen in den Prozeß einzuführen und mit Beweisangebot zu versehen. Zwar kann die Partei Behauptungen und Beweisangebote jederzeit anbringen[2]), solange das Verfahren im Gange ist; aber es besteht die Gefahr, daß der Richter das Verfahren schließt und das Urteil gegen sie erläßt, wenn sie eine zu ihrer Beweislast gehörende Thatsache nicht in den Prozeß eingeführt oder nicht mit dem erforderlichen Beweisangebote versehen hat.

Der angeführte Fall, daß die Parteien zu wenig Behauptungen im Prozesse aufstellen, ist allerdings der seltenere; führen die Parteien, wie regelmäßig, mehr Behauptungen und Beweisangebote in den Prozeß ein, als nach Maßgabe ihrer Beweislast erforderlich wäre, so muß der Richter den Prozeßstoff sichten und auf die Beweislast prüfen; er muß sich darüber klar zu werden suchen, welche von den behaupteten Thatsachen zum Klagegrunde, zu den Einreden, zu den Repliken, Dupliken rc. gehören. Eine solche Untersuchung

---

[1]) s. unten § 3.

[2]) Unter Umständen nur gegen Verurteilung zu Prozeßkosten und Strafe: §§ 278, 283 C. P. O., § 48 G. K. G.

nur ermöglicht es dem Richter, unnötige Beweisbeschlüsse und damit das Hinauszögern des ganzen Verfahrens zu vermeiden; kann der Klagegrund oder eine Einrede nicht bewiesen werden, so ist natürlich der Beweis der Einrede bezw. der Replik überflüssig. Unter Umständen wird es sich empfehlen, den Beweis des Klagegrundes oder den einer Einrede zu überspringen und sogleich Beweis über die Einrede bezw. die Replik zu erheben, wenn begründete Aussicht besteht, daß diese letztgenannten Beweise gelingen werden; auf diese Weise kann der Richter das Beweisverfahren bez. des Klagegrundes oder einer Einrede umgehen, welches für den Fall, daß der Beweis der Einrede bezw. der Replik gelingt, überflüssig ist. Eine derartige zweckmäßige Erhebung der Beweise hat natürlich zur Voraussetzung, daß der Richter bereits vor Erlassung eines Beweisbeschlusses sich über die Beweislastverteilung Klarheit verschafft hat.

Bei der im vorstehenden geschilderten praktischen Bedeutung, welche der Frage nach der Beweislastverteilung im gemeinen Prozesse zukam, und welche dieselbe, wenn auch gegenüber dem gemeinen Prozesse herabgemindert, auch noch in unserem heutigen Prozesse behauptet, sollte man glauben, daß unser Thema in den Gesetzen sowohl wie in der Wissenschaft eine eingehende Behandlung gefunden hätte. Beides ist nicht der Fall; in den Gesetzen ist über unser Thema weniges zu finden; der Gesetzgeber wagt sich nicht an Fragen, welche die Wissenschaft noch nicht ausgetragen hat; auch die einschlägige Literatur ist recht spärlich, wie denn oft gerade praktische Fragen in der Literatur stiefmütterlich behandelt werden.

Aus der neuesten Zeit haben wir zwei sehr geistreich geschriebene Monographien über unser Thema: nämlich von Fitting in der Zeitschrift für deutschen Civilprozeß Bd. XIII (1889) und von Betzinger, die Beweislast im Civilprozesse (1894). Die in diesen beiden Werken gebotenen neuen Gesichtspunkte sind in der vorliegenden Schrift verwertet.

I. Abschnitt.

Einleitende Bemerkungen.

§ 1.

1. Uebersicht über die Behandlung des Stoffes.

Die vorliegende Schrift beschränkt sich darauf, die kontroverse Lehre der allgemeinen Prinzipien, nach welchen die Beweislast zu verteilen sei, zu erörtern, ohne sich auf Einzelheiten und spezielle die Lehre von der Beweislast berührende Fragen einzulassen. Ursprünglich als Teil eines die gesamte Lehre von der Beweislast umfassenden Werkes geplant, bildet die vorwürfige Schrift auch in der angegebenen Beschränkung ein abgeschlossenes und hoffentlich nicht völlig wertloses Ganze.

Der behandelte Stoff ist auf drei Abschnitte verteilt.

Im ersten Abschnitt sollen die einleitenden Gesichtspunkte, insbesondere der Begriff und das Wesen der Beweislast einer Erörterung unterzogen werden.

Der zweite Abschnitt ist der Aufgabe gewidmet, an der Hand der verschiedenen in der Litteratur vertretenen Ansichten über die Grundlagen der Beweislastverteilung, d. h. unter Würdigung jener Gründe, mit welchen die einzelnen Bearbeiter unseres Themas die von ihnen für die Beweislastverteilung aufgestellten, von einander sehr abweichenden Regeln zu rechtfertigen suchen, die richtige Grundlage für die Verteilung der Beweislast zu finden.

Von dieser Grundlage aus sollen im dritten Abschnitte die allgemeinen Beweislastregeln entwickelt, und zugleich als weiterer Beweis ihrer Richtigkeit der Nachweis geführt werden, daß die von anderen Schriftstellern aufgestellten oder verteidigten Beweislastregeln entweder in der Praxis überhaupt nicht oder nur in dem gleichen Sinne, wie die in dieser Schrift entwickelten Beweislastregeln durchgeführt werden können.

§ 2.

2. Bedeutung der Beweislastverteilung.

Die gegenwärtige Existenz eines Anspruchs ist von einer Reihe positiver und negativer Voraussetzungen abhängig; ein Anspruch ist gegenwärtig existent, wenn einerseits die vom materiellen Rechte zur Entstehung desselben erforderlichen Thatsachen vorliegen, und andererseits keine derjenigen Thatsachen gegeben ist, welchen das materielle Recht die Kraft verleiht, den Anspruch bereits im Entstehungsstadium zu vereiteln oder den entstandenen Anspruch wieder aufzuheben.

Es ist z. B. ein Anspruch aus einem Schenkungsversprechen gegenwärtig existent,

a) wenn die Entstehungsthatsachen eingetreten sind:
   1) wenn also das Schenkungsversprechen erteilt und angenommen worden ist, und
   2) die in § 518 Abs. 1 B.G.-B. vorgeschriebene Form beobachtet wurde,

b) wenn ferner keine Thatsache vorliegt, welcher nach Maßgabe des materiellen Rechtes die Wirkung zukommt, die Entstehung des Anspruches aus dem Schenkungsversprechen trotz des Eintrittes der sub a) erwähnten Entstehungsthatsachen zu hindern:
   1) wenn also die Contrahenten nicht geschäftsunfähig waren,

2) wenn der Schenker nicht in der Geschäftsfähigkeit beschränkt war,
3) wenn das Schenkungsversprechen nicht an eine aufschiebende Bedingung geknüpft wurde,
4) wenn das Schenkungsversprechen nicht unter gegenseitigem Einverständnis zum Schein abgegeben wurde,
5) wenn das Schenkungsversprechen nicht im Scherze abgegeben wurde,
6) wenn das Schenkungsversprechen nicht wegen Irrtums, Täuschung oder Drohung anfechtbar war und angefochten wurde u. s. w.

c) wenn endlich keine der Thatsachen gegeben ist, welchen das materielle Recht die Wirkung beilegt, den bereits existenten Anspruch wieder aufzuheben:
1) wenn also die aus dem Schenkungsversprechen herrührende Verpflichtung nicht bereits erfüllt worden ist,
2) wenn die geschuldete Leistung nicht gegen eine andere aufgerechnet worden ist,
3) wenn die Leistung dem Schenker nicht erlassen worden ist,
4) wenn die aus dem Schenkungsversprechen herrührende Verpflichtung nicht später noch von einer aufschiebenden Bedingung abhängig gemacht worden ist,
5) wenn die Verpflichtung aus dem Schenkungsversprechen nicht an eine auflösende Bedingung geknüpft und diese eingetreten ist,
6) wenn die Schuld aus dem Schenkungsversprechen nicht von einem Dritten durch Vertrag übernommen und hiedurch der ursprüngliche Schuldner von seiner Verpflichtung befreit worden ist u. s. w.

Falls eine der unter b) und c) aufgeführten anspruchhindernden oder anspruchaufhebenden Thatsachen gegeben ist, hat dies auf die gegenwärtige Existenz des Anspruchs dann keinen Einfluß, wenn zugleich eine weitere Thatsache vorliegt, welcher nach dem materiellen Rechte die Wirkung zukommt, die anspruchhindernde oder anspruchaufhebende Wirkung der betr. Thatsache zu vereiteln, z. B. wenn die an das Schenkungsversprechen geknüpfte, aufschiebende Bedingung eingetreten ist. (Ziff. 3 sub b und Ziff. 4 sub c).

Man hat alle diese nach Maßgabe des materiellen Rechtes für die gegenwärtige Existenz eines Anspruchs erforderlichen positiven und negativen Voraussetzungen unter dem Namen „materieller Klagegrund" zusammengefaßt.[1])

Mit zwingender Logik ergibt sich, daß der Richter dem Kläger den geltend gemachten Anspruch nur dann zuerkennen kann, wenn er sich von der gegenwärtigen Existenz dieses Anspruchs überzeugt hat[2]), d. h. davon, daß einerseits alle Entstehungsthatsachen vorliegen, andererseits keine der möglicherweise in Betracht kommenden anspruchhindernden und anspruchaufhebenden Thatsachen gegeben ist[3]); denn der

---

[1]) Maxen, Ueber Beweislast, Einreden und Exceptionen S. 62. Gerber, Beiträge zur Lehre vom Klagegrunde und der Beweislast S. 25.

[2]) Unger, System des österr. allg. Privatrechts S. 448 und 450; Maxen a. a. O. S. 63.

[3]) Nicht richtig ist, wenn die II. Kom. gelegentl. der Besprechung des § 193 Entw. I B. G.-B. annahm, es ergebe sich eine derartige Vorschrift, daß der Kläger die seinen Anspruch begründenden Thatsachen und der Beklagte die zur Aufhebung des Anspruchs erforderlichen Thatsachen beweisen müsse (Prot. II S. 259), aus den Grundsätzen der Logik. Aus den Grundsätzen der Logik ergibt sich nur, daß der Kläger die gegenwärtige Existenz seines Anspruchs, also alle die hiezu erforderlichen positiven und negativen Voraussetzungen beweisen muß. Logisch ist nur richtig, daß der Kläger, welcher vom Gerichte einen Ausspruch des Inhalts verlangt, daß ihm gegen den Beklagten der eingeklagte Anspruch gegenwärtig zustehe, auch dem Gerichte

Richter spricht im Urteile dem Kläger den eingeklagten Anspruch als einen gegenwärtig existenten zu.

Die Prozeßentscheidung beruht bekanntlich auf einem Syllogismus, dessen Obersatz aus den in Betracht kommenden Normen des Civilrechts gebildet ist, und dessen Untersatz den konkreten Thatbestand enthält, wie er in den Prozeßverhandlungen festgestellt wurde. Wenn wir das obige Beispiel eines Schenkungsversprechens zum Ausgangspunkt nehmen, so ist der Urteilsausspruch des Richters: „der Beklagte ist schuldig, dem Kläger X. zu zahlen" als Schlußfolgerung aus Ober- und Untersatz logisch nur dann richtig, wenn Ober- und Untersatz in folgender Weise zusammengesetzt sind: Obersatz: Wenn ein Schenkungsversprechen erteilt und gerichtlich (oder notariell) beurkundet ist, wenn ferner keine der sub b) und c) angeführten anspruchhindernden und anspruchaufhebenden Thatsachen gegeben ist, so ist derjenige, welcher das Schenkungsversprechen erteilt hat, zur Erfüllung desselben verpflichtet. Untersatz: Es ist durch die Prozeß- und Beweisverhandlung festgestellt, daß der Beklagte ein notariell (oder gerichtlich) beurkundetes Schenkungsversprechen erteilt hat, und daß keine der sub b) und c) angeführten dem Anspruche entgegenstehenden Thatsachen gegeben ist.

Dieses Postulat der Logik, daß der Richter den Urteilsschluß aus einem derartigen Ober- und Untersatze ziehe, ist praktisch nicht durchführbar. Ein Blick in das bürgerliche Gesetzbuch bezeugt uns, daß es unmöglich ist, schon den Obersatz richtig und vollständig zusammenzusetzen. Ebenso unmöglich wäre es, im Prozesse alle die thatsächlichen Verhältnisse des Untersatzes festzustellen. Einer solchen Aufgabe

---

diese gegenwärtige Existenz zu beweisen hat. Wenn er nur die Entstehungsthatsachen seines Rechtes nachweist, so hat er damit nur bewiesen, daß er den Anspruch möglicherweise, nämlich wenn keine anspruchshindernde Thatsache vorlag, einmal gehabt habe, aber nicht, daß er ihn gegenwärtig noch habe.

wäre keine menschliche Denkkraft und keine Gerichtsorganisation gewachsen. Der Richter müßte stets zu einem aberkennenden Urteile gelangen, da er sich von der gegenwärtigen Existenz eines Anspruches nie überzeugen könnte[1]). Wollte man verlangen, daß der Ausspruch des Richters im Urteile logisch richtig sei, so wäre die Rechtssprechung unmöglich.

Die notwendige Folge des Gesagten ist: der Schluß des Richters: „Der Beklagte ist schuldig, X. zu zahlen“ muß aus einem viel kleineren Obersatze und einen viel kleineren Untersatze gezogen werden; dem Richter muß es gestattet sein, eine Entscheidung auch dann zu fällen, wenn nur einige thatsächliche Verhältnisse des Untersatzes festgestellt sind, auf Grund nur einiger Rechtsnormen des Obersatzes. Dies muß ihm deshalb gestattet sein, weil sonst die Rechtssprechung unmöglich wäre; aber auch geboten muß es ihm sein, weil andernfalls die Rechtssprechung eine willkürliche wäre. Wenn der Richter in dem einen Prozeß von der Befugnis, schon auf Grund des Feststehens einiger thatsächlicher Verhältnisse des materiellen Klagegrundes ein Urteil zu fällen, Gebrauch machen und das Urteil gegen den Beklagten erlassen, in einem anderen Prozesse über einen Anspruch der gleichen Art die Feststellung sämmtlicher positiven und negativen Voraussetzungen der gegenwärtigen Existenz des geltend gemachten Anspruchs verlangen und folglich das Urteil gegen den Kläger erlassen könnte, so wäre die Rechtssprechung der Willkür des Richters preisgegeben. Es muß, damit die Rechtssprechung einerseits ermöglicht wird und anderseits nicht in Willkür ausartet, für den Richter die Notwendigkeit bestehen, bereits bei Vorliegen einiger und zwar genau umgrenzter[2])

---

[1]) Gerber a. a. O. S. 11; Unger a. a. O. S. 451; Betzinger, die Beweislast im Civilprozeß S. 278.

[2]) Wenn der Richter bald bei Vorliegen von mehr bald von weniger Thatbestandsmerkmale des materiellen Klagegrundes den kläger. Anspruch zuerkennen könnte, so wäre natürlich auch damit die Rechtssprechung eine willkürliche.

thatsächlicher Verhältnisse des materiellen Klagegrundes dem Kläger den geltend gemachten Anspruch zuzuerkennen.

Damit scheidet aus dem materiellen Klagegrund eine Reihe von Thatsachen aus, durch deren Feststellung der Richter gezwungen wird, dem Kläger den eingeklagten Anspruch zuzuerkennen. Diesen engeren Kreis von Thatsachen hat man im Gegensatz zum materiellen den prozessualischen oder formellen Klagegrund genannt. Die übrigen, nicht zum prozessualischen Klagegrund gehörenden Thatsachen des materiellen Klagegrundes sind Einredethatsachen. Ist eine Einredethatsache im Prozeß festgestellt, so muß das Urteil trotz Feststehens des prozessualischen Klagegrundes gegen den Kläger erlassen werden. Aber auch die anspruch-aufhebende-hindernde-hemmende[1]) Wirkung vieler Einredethatsachen ist in gleicher Weise, wie die gegenwärtige Existenz eines Anspruchs, von einer Reihe positiver und negativer Voraussetzungen abhängig; es ist z. B. die anspruchaufhebende Wirkung der Einredethatsache der Aufrechnung davon abhängig, daß keine der möglicherweise der aufgerechneten Forderung entgegenstehenden Einreden Platz greift.[2]) Auch hier ergibt sich infolge der Unmöglichkeit, das Nichtvorhandensein der denkbarerweise der aufgerechneten Forderung entgegenstehenden Einreden im Prozesse festzustellen, die Notwendigkeit einer Zerlegung des materiellen Einredegrundes, mit welchem Namen wir die Gesammtheit dieser positiven und negativen Voraussetzungen der Wirksamkeit einer Einrede im Anschluß an die Bezeichnung „materieller Klagegrund" bezeichnen wollen, in einen prozessualischen Einredegrund, bei dessen Feststellung der Richter genötigt ist, die Wirksamkeit der Einredethatsache anzunehmen und infolgedessen den klägerischen Anspruch trotz Feststehens des prozessualischen Klagegrundes abzuerkennen, und in die Replikthatsachen. Gleiches gilt von den Replikthatsachen u. s. w.

---

[1]) Sog. Einrede im materiellrechtlichen Sinn z. B. die Einrede der Verjährung.

[2]) § 390 B.-G.-B.

Das Resultat der vorstehenden Ausführungen ist: „Es muß, um die Rechtsſprechung einerseits zu ermöglichen und andererseits vor Ausartung in Willkür zu bewahren, im materiellen Klage-, Einredegrund ꝛc. eine Schranke gezogen werden, diesseits welcher jene Thatbestandsmerkmale des materiellen Klage-, Einrede- ꝛc.-grundes liegen, bei deren Feststellung der Richter gezwungen ist, den klägerischen Anspruch zu- bezw. abzuerkennen, jenseits welcher die Einrede- bezw. Replikthatsachen liegen. Diese Schranke wollen wir Erkennungsschranke heißen: sie ist Aberkennungsschranke im materiellen Klagegrund, indem der Richter einen Anspruch nicht aberkennen darf, wenn die diesseits der Erkennungsschranke gelegenen Thatbestandsmerkmale des materiellen Klagegrundes (der prozessualische Klagegrund) nachgewiesen sind; sie ist Zuerkennungsschranke im materiellen Einredegrund, indem der Richter einen Anspruch nicht zuerkennen darf, wenn die diesseits der Erkennungsschranke gelegenen Thatbestandsmerkmale des materiellen Einredegrundes (der prozessualische Einredegrund) festgestellt sind[1]).

Jene Regeln, welche uns sagen, wo im materiellen Klage-Einrede-ꝛc.-grund die Erkennungsschranke zu ziehen, nach welchem Maßstab also der materielle Klage-Einrede-ꝛc.-grund in den prozessualischen Klage-Einrede-ꝛc.-grund einerseits und die Einrede-Replik-ꝛc.-thatsachen andererseits zu zerlegen ist, sind die allgemeinen Beweislastregeln.

---

[1]) Die beiden Ausdrücke Ab- und Zuerkennungsschranke werden gebraucht für die beiden Seiten der aus der Verhandlungsmaxime sich ergebenden Folgerungsschranke: Aberkennungsschranke in einem ähnlichen Sinne wie im Texte nämlich in dem, daß der Richter, wenn von einer Partei soviel Thatsachen vorgebracht sind, daß sie nach Maßgabe des Civilrechtes den Anspruch rechtfertigen, diesen Anspruch nicht aberkennen darf; Zuerkennungsschranke in dem Sinn, daß der Richter über die Parteianträge nicht hinausgehen darf: judex ne eat ultra petita partium, auf die Einleitung des Prozesses angewandt: nemo judex sine actore

Eine andere Auffassung hinsichtlich der Bedeutung der Beweislastverteilung hat Bähr:[1])

„Gesetzt, der Richter kann weder zu Gunsten der einen noch zu Gunsten der anderen Partei eine positive Ueberzeugung gewinnen, oder die Parteien haben gar kein Beweismittel beigebracht, dann bleibt es bei dem richterlichen „non liquet". Der Richter muß aber doch ein Urteil geben; wie hat er zu erkennen? Die Antwort hierauf gibt ihm die Lehre von der Beweislast. Daß die Prozeß-Ordnung diese Lehre hat aufrecht erhalten wollen, ist unzweifelhaft. Die Aufrechterhaltung der Lehre von der Beweislast bedeutet aber nichts anderes, als daß das richterliche „non liquet" nach wie vor im Prozeß seine Geltung behält. Sie bedeutet, daß, wenn der Richter die thatsächliche Behauptung weder des einen noch des anderen Teils als wahr bezw. als unwahr zu erkennen vermag, er zu Ungunsten desjenigen zu entscheiden hat, den die Beweislast trifft. Wäre der Richter stets in der Lage, zu erkennen, welche von den beiderseitigen Behauptungen wahr oder unwahr seien, so wäre die Lehre von der Beweislast überflüssig."

Bähr hält also die Beweislastregeln für das Mittel, um das „non liquet," welches nach seiner Ansicht im Prozesse möglich ist, zu überwinden, und sieht in der Aufrechterhaltung der Lehre von der Beweislast den Grund, daß ein „non liquet" möglich ist, also daß es dem Richter gestattet ist, sich bezl. einer erheblichen Thatsache im Zweifel zu bleiben, ob dieselbe wahr oder nicht wahr sei.

Dies ist nicht richtig. Die C.-P.-O. sagt in § 286, daß das Gericht unter Würdigung des gesammten Inhalts der Verhandlungen . . . . nach freier Ueberzeugung zu entscheiden hat, ob eine Thatsache für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei, ebenso ergibt sich aus § 475 C.-P.-O., daß das Gericht nur die Wahl hat, zwischen der Wahrheit

---

[1]) Jehring's Jahrbücher für die Dogmatik. Bd. 25. S. 398 ff.

oder Unwahrheit einer Thatsache zu entscheiden. Der Richter kann nicht das Recht haben, sich bezl. einer zum prozessualischen Klage-Einrede-ꝛc.-grund gehörigen Thatsache mit einem „non liquet“ zu begnügen; denn dann könnte er trotz der Lehre von der Beweislastverteilung keine Entscheidung erlassen. Infolge der Erkennungsschranke ist der Richter angehalten, bereits bei Nachweis des prozessualischen Klage- bezw. Einredegrundes ein den Anspruch zu- bezw. aberkennendes Urteil zu erlassen; aber nur, wenn er auf Grund freier Ueberzeugung die Thatsachen des prozessualischen Klagegrundes für wahr hält, kann er dem Kläger den Anspruch zuerkennen und nur, wenn er sie für unwahr hält, kann er den Anspruch des Klägers zurückweisen. Würde er sich bezl. der Thatsachen des prozessualischen Klagegrundes mit einem „non liquet“ begnügen dürfen, würde er sich also nicht darüber schlüssig zu machen brauchen, ob diese Thatsachen wahr oder unwahr sind, so wäre eine Entscheidung unmöglich, wobei es gleichgültig ist, daß ihm auch die beklagtische Behauptung weder als wahr noch als unwahr, sondern zweifelhaft erscheint. Thatsächlich wird oft dem Richter eine Thatsache zweifelhaft bleiben, aber rechtlich gibt es kein „non liquet.“ Nicht die Beweislastregeln überwinden die sich im Falle eines „non liquet“ ergebende Unmöglichkeit einer Entscheidung, sondern der Grundsatz unseres Prozeßrechtes, daß sich der Richter über jede für die Entscheidung erhebliche Thatsache schlüssig machen muß, ob er sie für wahr oder unwahr halten will. Die Beweislastregeln haben nur die Bedeutung, das sich aus der Unmöglichkeit, die gegenwärtige Existenz eines Anspruchs mit logischer Gewißheit festzustellen, ergebende Hindernis der Rechtssprechung zu beseitigen.

Auch die fernere Behauptung Bähr's, daß die Lehre von der Beweislast überflüssig wäre, wenn der Richter stets in der Lage wäre, zu erkennen, welche von den beiderseitigen Behauptungen wahr oder unwahr seien, ist nicht

richtig. In diesem Falle würde nur ein Beweisverfahren überflüssig sein, wie ein solches auch überflüssig ist, wenn die beiderseitigen Behauptungen wegen Notorietät oder aus anderen Gründen nicht beweisbedürftig sind. Es würde aber auch in diesem Falle die Unmöglichkeit einer vollständigen Analyse eines bürgerlichen Rechtsverhältnisses, also die Unmöglichkeit, alle positiven und negativen Voraussetzungen der gegenwärtigen Existenz eines Anspruchs zu übersehen und zur prozessualischen Feststellung zu bringen, nicht fortfallen und damit die Notwendigkeit einer Beweislastverteilung bestehen bleiben.

§ 3.

3) Begriff und Wesen der Beweislast.

Man definiert gewöhnlich die Beweislast als die Notwendigkeit für eine Partei, gewisse Thatsachen bei Meidung eines ungünstigen Urteils im Prozesse zu behaupten und, soweit sie beweisbedürftig sind, zu beweisen.

Bei dieser Definition erscheint der Begriff der Beweislast nicht in seiner vollen Reinheit; diese Definition vermengt den Begriff der Beweislast mit der aus dem Satze der Verhandlungsmaxime: „Quod non in actis, non est in mundo" sich für die Partei ergebenden Notwendigkeit, die den eingeklagten Anspruch oder eine vorgebrachte Einrede, Replik ꝛc. begründenden Thatsachen in den Prozeß einzuführen und im Falle der Beweisdürftigkeit zu beweisen, widrigenfalls sie vom Richter nicht berücksichtigt werden können. Der Begriff der Beweislast hängt aber weder mit der Verhandlungsmaxime noch mit der Offizialmaxime zusammen, wie im nächsten § des Näheren ausgeführt werden wird.

Die Beweislast ist der Ausdruck für eine gefährliche

prozessualische Situation[1]), welche den Kläger oder den Beklagten vor die Alternative stellt: „Entweder es wird eine bestimmte Thatsache festgestellt oder der Prozeß verloren;" Beweislast ist mit kürzeren Worten: „Die durch die Feststellung bestimmter Thatsachen abwendbare Gefahr des Prozeßverlustes."

Die gewöhnliche Ausdrucksweise: „die Beweislast einer Thatsache trifft den Kläger oder den Beklagten", kann zunächst nur in dem Sinne verstanden werden, daß ein dem Kläger, bezw. dem Beklagten, ungünstiges Urteil ergeht, falls nicht die betr. Thatsache im Prozesse festgestellt wird, daß — mit anderen Worten — die Gefahr für ihn besteht, den Prozeß zu verlieren und daß diese Gefahr durch Feststellung der betr. Thatsache abgewendet werden kann.

Der Grund dieser gefährlichen Situation ist der, daß der Richter in Folge der Erkennungsschranke ein den Anspruch zuerkennendes Urteil nicht erlassen darf, daß er also ein dem Kläger ungünstiges Urteil erlassen muß, solange nicht der prozessualische Klagegrund nachgewiesen ist, und daß er, wenn dieser festgestellt ist, ein den Anspruch zuerkennendes also ein dem Beklagten ungünstiges Urteil erlassen muß, wenn und solange nicht der prozessualische Einredegrund bezl. einer in Betracht kommenden Einredethatsache nachgewiesen wird. Solange der prozessualische Klagegrund nicht festgestellt ist, besteht für den Kläger, und, sobald dieser nachgewiesen, aber der prozessualische Einredegrund noch nicht festgestellt ist, für den Beklagten die Gefahr, den Prozeß zu verlieren. Diese gefährliche, prozessualische Situation hält also für den Kläger solange an, bis der pro-

[1]) Fitting, die Grundlagen der Beweislast, Zeitschr. f. d. d. Ziv. Proz. Bd. XIII S. 12: Fitting hat zuerst in einer der im Texte vertretenen Anschauung ähnlichen Weise die Beweislast definiert; sie ist nach ihm kein selbstständiger Rechtsbegriff, sondern ähnlich wie die Tragung von Gefahr der Ausdruck für die praktische Folge aus anderen Rechtsregeln.

zessualische Klagegrund festgestellt ist; sobald der Richter von der Wahrheit der den prozessualischen Klagegrund ausmachenden Thatsachen überzeugt ist, springt die Beweislast auf den Beklagten über; dieser gerät damit in die besagte gefährliche Situation und zwar auf solange, bis der prozessualische Einredegrund nachgewiesen ist; ist dies geschehen, so springt die Beweislast wieder auf den Kläger zurück; dieser kommt nunmehr zum zweitenmal in Gefahr, seinen Prozeß zu verlieren u. s. w.

Das Urteil ergeht immer gegen denjenigen, welchen die Beweislast trifft, welcher sich also in der besagten gefährlichen prozessualischen Situation zuletzt befindet; da nämlich das Urteil bereits auf Grund eines geringen Teils der positiven und negativen Voraussetzungen der gegenwärtigen Existenz eines Anspruchs, der Wirksamkeit einer Einredethatsache 2c., also auf Grund nur weniger Thatbestandsmerkmale des materiellen Klage-, bezw. Einrede- 2c. grundes erlassen werden muß und erlassen wird, ist theoretisch wenigstens immer die Möglichkeit gegeben, daß bei Feststellung eines weiteren, jenseits der Erkennungsschranke liegenden Thatbestandsmerkmales des materiellen Klage-, bezw. Einrede- 2c. grundes das Urteil im entgegengesetzten Sinne hätte erlassen werden können; das Urteil ergeht also immer gegen denjenigen, welcher bei Feststellung einer weiteren, sei es im Prozeß gar nicht berücksichtigten oder wenigstens nicht bewiesenen Thatsache den Prozeß gewonnen hätte, welcher sich darnach zuletzt in der besagten gefährlichen Situation befand und darin umkam.[1])

---

[1]) Die Beweislast kann mit jener Gefahr verglichen werden, in welcher sich der Eigentümer eines nicht gegen einen zufälligen Schaden versicherten Vermögensobjecktes befindet. Wie sich der Beweispflichtige in der Gefahr befindet, den Prozeß zu verlieren, wenn eine bestimmte Thatsache nicht festgestellt wird, so ist der Eigentümer in Gefahr, durch einen Unfall einen Vermögensschaden zu erleiden, wenn er das betr. Objekt nicht versichern läßt; wie die gefährl. Situation der Beweislast für

§ 4.

4. Verhältnis der Beweislast zur Offizial- und Verhandlungsmaxime.

Die Notwendigkeit einer Beweislastverteilung ergiebt sich, wie wir oben gesehen haben, aus der Unmöglichkeit, die gegenwärtige Existenz eines Anspruchs, die gegenwärtige Wirksamkeit einer Einredethatsache ꝛc. festzustellen. Diese Unmöglichkeit einer vollständigen Analyse eines bürgerlichen Rechtsverhältnisses und die hieraus folgende Notwendigkeit einer Erkennungsschranke steht mit dem Organisationsprinzip des Verfahrens, ob Verhandlungs- oder Offizialmaxime, in keinerlei Zusammenhang.

Die preuß. allg. Ger.-Ordn.[1]), welche den Versuch machte, die Offizialmaxime dem Civilstreitverfahren zu Grunde zu legen, verpflichtete den Richter, von Amtswegen das Thatsachenmaterial in den Prozeß zu schaffen und auf seine Wahrheit zu untersuchen, und gab ihm zugleich das Recht, von beiden Parteien alle zur Aufhellung der Sache dienenden Erklärungen und Beweise zu fordern. Die Unmöglichkeit, die gegenwärtige Existenz eines Anspruchs festzustellen, bezw. alle die erforderlichen positiven und negativen Voraussetzungen zu übersehen, und damit die Notwendigkeit einer Beweislastverteilung, besteht natürlich auch bei einem derartigen Verfahren. In dieser Hinsicht hat es keinen Belang, daß die Feststellung der Thatsachen auch von Amtswegen geschehen kann. Auch im Verfahren mit Offizialmaxime wäre

---

die Partei verschwindet und auf deren Gegner übergeht, sobald die Thatsache festgestellt ist, so hört für den Eigentümer die Gefahr einer Vermögenseinbuße auf und wird auf den Versicherer übergewälzt, sobald das betr. Vermögensobjekt versichert worden ist.

[1]) Einleitung §§ 6, 7, 10, 12, 17, 18, Thl. I. Tit. 5 § 8, Tit 9 § 4, Tit. 10 § 89.

die Rechtssprechung ohne eine Erkennungsschranke unmöglich und ohne eine feste Erkennungsschranke willkürlich. Auch hier besteht für die Partei eine Beweislast d. h. die Gefahr, daß das Urteil gegen sie ergeht, wenn eine bestimmte weitere Thatsache nicht festgestellt wird. Kommt die Partei im Verfahren mit Offizialmaxime wie nach der preuß. allg. Ger.-Ordg. in die Lage, selbst Erklärungen abzugeben und Beweise zu führen, so hat sie Gelegenheit, diese gefährliche prozessuale Situation der Beweislast zu überwinden. Im Gegensatz zur Verhandlungsmaxime kann auch der Richter die Partei aus dieser gefährlichen Situation, also von der Beweislast, befreien, indem er von Amtswegen Thatsachen im Prozesse berücksichtigen und durch Beweiserhebung feststellen kann, welche von keiner Partei angeführt worden sind. Im Verfahren mit Verhandlungsmaxime dagegen können die Parteien aus der gefährlichen Situation der Beweislast nur in der Weise loskommmen, daß die betreffenden Thatsachen von ihnen selbst im Prozesse behauptet und, wenn beweisbedürftig, bewiesen werden, da nach dem Satze „quod non in actis“[1]) der Richter nur solche Thatsachen seiner Entscheidung zugrunde legen darf, welche von den Parteien in den Prozeß eingeführt werden.

Es wurde oben die Beweislast mit der Gefahr einer Vermögenseinbuße verglichen, in welcher sich der Eigentümer eines nicht gegen einen zufälligen Schaden versicherten Vermögensobjektes befindet; auf diese Gefahr einer Vermögenseinbuße durch einen allenfallsigen Zufall hat offenbar der Umstand keinen Einfluß, daß auch ein Dritter den Eigentümer durch Zahlung der Versicherungsprämie aus dieser Gefahr befreien kann und aus irgend welchem Grunde ihm hiezu verpflichtet ist. Ebensowenig hat es einen Einfluß auf die Gefahr des Prozeßverlustes für den Fall, daß eine be-

---

[1]) Dieser Satz ist von Wach in präziser Weise dahin übersetzt worden: „keine Offizialbeschaffung von Prozeßstoff“; Wach, Vorträge über die Reichs-Civ.-Proz.-Ordn. S. 40.

stimmte Thatsache nicht festgestellt wird, also auf die Beweislast, wenn nicht nur die Parteien durch Feststellung der betreffenden Thatsache die Gefahr abwenden können, sondern auch der Richter von amtswegen diese Thatsache feststellen und damit die Partei von der Beweislast befreien kann und hiezu verpflichtet ist.

Nehmen wir das Beispiel einer Darlehensklage, so ist der Richter, wenn die Hingabe eines Darlehens feststeht, berechtigt und verpflichtet, dem Kläger den Anspruch zuzuerkennen, wenn nicht:

a) im Verfahren mit Offizialmaxime eine Einredethatsache, z. B. die der Erfüllung, vom Richter von amtswegen oder auch durch die Thätigkeit einer Partei festgestellt ist,

b) im Verfahren mit Verhandlungsmaxime die Einredethatsache von einer Partei ordnungsmäßig in den Prozeß eingeführt und bewiesen worden ist. Solange im Falle sub a) und sub b) die Thatsache der Erfüllung nicht festgestellt ist, trägt der Beklagte die Gefahr des Prozeßverlustes, die Beweislast. Diese Gefahr ist im Falle sub a) die gleiche wie in dem sub b), also gleichviel ob das Verfahren von der Offizial- oder Verhandlungsmaxime beherrscht ist; nur die Art und Weise, wie diese Gefahr überwunden werden kann — hier nur durch die Parteien, dort auch durch den Richter — ist verschieden.

Der Name „Beweislast", „onus probandi", erinnert an ein Verfahren mit Verhandlungsmaxime, wo den Parteien ausschließlich die Beschaffung des Prozeßmaterials überlassen ist; der Name erinnert nicht sowohl an die besagte gefährliche prozessualische Situation, als vielmehr an die Notwendigkeit für die Parteien, Beweise zu führen, um diese gefährliche Situation zu überwinden. Soweit es dem Richter gestattet und zur Pflicht gemacht ist, von amtswegen Beweise

zu erheben, also im Verfahren mit Offizialmaxime, kann man nicht gut von einer Beweislast der Parteien sprechen, sondern nur von einer gefährlichen prozessualischen Situation, aus welcher die Parteien durch die vom Richter von amtswegen gepflogenen Feststellungen befreit werden, aber auch nicht gut von einer Beweislast des Richters, indem dieser kein onus probandi, sondern ein officium probandi hat. Dieser Umstand, daß der Name „Beweislast" an ein Verfahren mit Verhandlungsmaxime erinnert, mag dazu beigetragen haben, daß viele Schriftsteller einen engen Zusammenhang zwischen der Beweislastverteilung und der Verhandlungsmaxime annehmen[1]) und, wie wir später sehen werden[2]), die Beweislastregeln aus den Sätzen der Verhandlungsmaxime ableiten.

Bethmann-Hollweg[3]) verneinte den Zusammenhang der Beweislastverteilung mit der Verhandlungsmaxime: „Dieser Grundsatz (nämlich, daß einer Partei der Beweis gewisser Thatsachen vorzugsweise obliegt,) ist von so allgemeiner Natur, daß er bei den verschiedensten Formen des Prozesses gelten muß. Namentlich hängt er nicht, wie man glauben könnte, mit der sog. Verhandlungsmaxime zusammen. Denn wenn auch der Richter nach der sog. Inquisitionsmaxime angewiesen ist, die Wahrheit selbstthätig durch alle ihm zu Gebote stehenden Mittel zu erforschen, so muß er doch, wenn seine Untersuchung ihm über alle entscheidenden Thatsachen nicht volles Licht gegeben hat, bei der endlichen Entscheidung jene Grundsätze zu Hilfe nehmen, wenn anders kein bloßes „non liquet" ausgesprochen, sondern, wie es der Zweck des Richteramts in Civilsachen mit sich bringt, dem streitigen und un-

---

[1]) z. B. Wach a. a. O. Bd. I S. 126 sagt: „ein Gesetz, welches die Offizialthätigkeit des Richters in den civilprozessualen Beweis einführte und ihm die Eruierung der materiellen Wahrheit im Sinne des Strafprozesses zur Pflicht machte, wäre unvereinbar mit einer Beweislastverteilung.

[2]) s. unten § 7 u. 8.

[3]) Versuche 1827 No. 5 S. 319 u. 320.

gewissen Rechtsverhältnis allemal ein bestimmtes substituiert werden soll. Und ebenso verhält es sich mit den allgemeinsten Prinzipien, welche den Inhalt dieser Lehre ausmachen."

Der Begründung, welche Bethmann-Hollweg seiner Ansicht gibt, daß die Beweislast das Mittel sei, um ein „non liquet" zu vermeiden, kann allerdings nicht beigetreten werden; sie ist bereits oben [1]) bei der Besprechung der gleichen von Bähr vertretenen Ansicht widerlegt worden. Aber das Resultat, zu welchem Bethmann-Hollweg gelangt, daß die Beweislastverteilung nicht mit der Verhandlungsmaxime zusammenhängt, ist richtig.

Bekanntlich ist die Offizialmaxime auch aus unserer C.-P.-O. nicht ganz verschwunden; soweit die Offizialmaxime in unserem Civilstreitverfahren besteht, sind die Beweislastregeln nicht etwa zu entbehren, sondern die absolute Voraussetzung für eine Entscheidung überhaupt und für eine richtige Entscheidung. Nach § 622 C.-P.-O. kann das Gericht Thatsachen, welche von den Parteien nicht vorgebracht sind, zum Zwecke der Aufrechterhaltung der Ehe berücksichtigen und die Aufnahme von Beweisen von amtswegen anordnen. Wenn nun der Richter bei einer Klage auf Ehescheidung wegen Ehebruchs von diesem ihm in § 622 C.-P.-O. eingeräumten Rechte Gebrauch macht, von amtswegen eine Thatsache, welche nach Maßgabe des Gesetzes das Recht auf Ehescheid-

[1]) s. oben § 2. Reinhold a. a. O. S. 20 stimmt mit Bethmann-Hollweg bezgl. der Begründung, welche derselbe seiner erwähnten Ansicht gibt, überein, indem er meint, daß der Richter sich nicht selten veranlaßt finden wird, die Grundsätze über die Beweislast auch im Verfahren mit Offizialmaxime zu Hilfe zu nehmen, um nicht ein bloßes „non liquet" auszusprechen; dagegen bejaht er den Zusammenhang der Beweislast mit der Verhandlungsmaxime. Die Sache liegt aber gerade umgekehrt: die Ansicht Bethmann-Hollweg, daß die Beweislast mit der Verhandlungsmaxime nicht zusammenhänge, ist richtig; die Begründung, die er dieser Ansicht gibt, ist aber unrichtig.

ung ausschließt, z. B. die Thatsache der Verzeihung des Ehebruchs in Berücksichtigung zieht und in dieser Richtung Beweise erhebt, ohne sich von der Wahrheit dieser Thatsache überzeugen zu können, dann muß er, wenn andererseits die Thatsache des Ehebruchs feststeht, die Ehe scheiden, und zwar deshalb, weil nach den Beweislastregeln die Thatsache des Ehebruchs für den prozessualischen Klagegrund ausreicht und die Thatsache der Verzeihung Einredethatsache ist. Dürfte der Richter erst dann ein Urteil erlassen, wenn feststeht, daß keine der Thatsachen gegeben ist, welchen das Gesetz die Kraft verleiht, das Recht auf Scheidung auszuschließen, dann könnte er überhaupt nie die Ehe scheiden, da er über alle diese Thatsachen nicht Feststellungen erheben kann. Hätte der Richter die unrichtige Ansicht, daß die Thatsache der Nicht-Verzeihung des Ehebruchs zum prozessualischen Klagegrund gehöre, so würde er, falls er sich von der Wahrheit dieser Negative nicht überzeugte, die Klage auf Ehescheidung abweisen, also eine unrichtige Entscheidung erlassen.

Der Satz der Verhandlungsmaxime „quod non in actis, non est in mundo“, besagt nur, daß die Parteien, wenn sie wünschen, daß eine Thatsache bei der Entscheidung vom Richter berücksichtigt werde, diese Thatsache im Prozeß behaupten und, wenn sie beweisbedürftig ist, beweisen müssen, daß ihnen der Richter diese Behauptungs- und Beweislast nicht abnehmen kann dadurch, daß er von amtswegen wie im Verfahren mit Offizialmaxime diese Thatsachen berücksichtigt und feststellt. Diese aus dem Satze „quod non in actis“ fließende Behauptungs- und Beweislast der Parteien hat mit der Beweislast als einer gefährlichen prozessualischen Situation und mit der Regelung der Beweisverteilung an sich nichts zu thun. Die Beweislastregeln sagen den Parteien, in welcher Weise sie die ihnen in Folge des Satzes „quod non in actis etc.“ obliegende Behauptungs- und Beweislast erfüllen, welche Thatsachen sie behaupten und beweisen müssen, damit sie ihrer Beweislast

genügen, d. h. die gefährliche Situation des Prozeßverlustes abwenden[1]).

Wenn man gewöhnlich die Redewendung gebraucht, es treffe eine Partei die Beweislast bezgl. einer bestimmten Thatsache, so vermengt man die aus dem Satze „quod non in actis etc.“ fließende Behauptungs- und Beweislast mit der Beweislast im eigentlichen Sinne, nämlich mit der gefahrvollen prozessualischen Situation des Prozeßverlustes. Es ist mit der fraglichen Redewendung immer ein doppeltes gemeint:

a) die Beweislast als gefährliche prozessualische Situation; die Redewendung will besagen, daß die Partei den Prozeß verliert, wenn die betr. Thatsache nicht festgestellt wird; die Beweislast in diesem eigentlichen Sinne ist eine Folge der Erkennungsschranke und steht weder mit der Verhandlungsmaxime noch mit der Offizialmaxime im Zusammenhang.

b) die aus dem Satze „quod non in actis“ fließende Behauptungs- und Beweislast. Die fragliche Redewendung ist auch in dem Sinne gemeint, daß die Partei die zur Ueberwindung der Gefahr des Prozeßverlustes erforderliche Feststellung der betr. Thatsache selbst betreiben muß, daß der Richter diese Feststellung nur dann als erfolgt annehmen kann, wenn die betreffende Thatsache von einer Partei im Prozesse behauptet und, wenn beweisbedürftig, bewiesen worden ist. Diese Behauptungs- und Beweislast fällt im Verfahren mit Offizialmaxime mit dem Satze „quod non in actis etc.“, auf welchem sie beruht, fort.

---

[1]) Aehnlich sagen dem nichtversicherten Eigentümer die Statuten einer Versicherungsgesellschaft, welche Prämie er zahlen muß, wenn er ein Vermögensobjekt versichern lassen, also die Gefahr eines Vermögensverlustes durch einen Unfall abwenden und auf die Versicherungsgesellschaft abwälzen will.

Wo im Folgenden von einer Behauptungs- und Beweislast gesprochen wird, ist also immer ein Verfahren mit Verhandlungsmaxime vorausgesetzt, und es ist bei dieser Ausdrucksweise der Begriff der Beweislast im eigentlichen Sinne mit der aus dem Satze „quod non in actis etc." fließenden Behauptungs- und Beweislast vermengt.

II. Abschnitt.

Die Grundlagen der Beweislastverteilung.

§ 5.

1. Allgemeine Gesichtspunkte.

Die folgenden Erörterungen sind einer Betrachtung der Gründe gewidmet, welche die Bearbeiter unseres Themas für die von ihnen aufgestellten Beweislastregeln angeführt haben.

Viele Schriftsteller suchen für ihre Beweislastregelung Stellen der römischen Rechtsquellen, insbesondere solche, welche die Beweislastverteilung in speziellen Fällen entscheiden, im Sinne des von ihnen verteidigten Beweislastprinzips auszulegen und zu verwerten.[1]) Das römische Recht enthält kein allgemeines Beweislastprinzip; die bekannten beiden Sätze der l. 2 D. 22, 3: ei incumbis probatio, qui dicit, non qui negat[2]) und necessitas probandi incubit ei, qui agit (actori incumbit probatio) sind keine Beweislastregeln,

---

[1]) z. B.: Weber a. a. O. S. 98 ff.; Maxen a. a. O. S. 47 ff.; Fitting a. a. O. S. 21 ff.; Langenbeck, die Beweisführung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten II. Abt. S. 279 ff. Der letztere Schriftsteller will z. B. aus den Aussprüchen der römischen Rechtsquellen über die Verteilung der Beweislast herauslesen, daß der Kläger immer nur diejenigen Erfordernisse beweisen müsse, welche als die äußeren Merkmale der Entstehung seines Rechtes erscheinen 2c. (s. darunter unter § 7).

[2]) Vorausgesetzt, daß man diesen Satz richtig übersetzt (s. unter § 6).

d. h. keine Regeln, welche uns den Maßstab für die Zerlegung des materiellen Klagegrunds in den prozessualischen und die Einredethatsachen geben, sondern Sätze, welche sich aus logischen Gründen von selbst ergeben; daß denjenigen, welcher einen Anspruch geltend macht, zunächst der Beweis trifft — mehr sagen diese beiden Sätze nicht —, versteht sich von selbst. Das römische Recht enthält auch verschiedene Einzelvorschriften über die Beweislastverteilung; insbesondere in dem Tit. Dig. de prob. et praes.[1]) und dem Tit. Cod. de prob.[2]) finden sich solche Spezialvorschriften über die Beweislast. Aus diesen wenigen Bestimmungen über die Beweislastverteilung läßt sich ein allgemeines Prinzip der Beweislastverteilung nicht ableiten. Wenn im römischen Rechte ein solches allgemeines Prinzip vorhanden gewesen wäre, und wenn die römischen Juristen bei ihren speziellen Entscheidungen über die Beweislast von einem solchen allgemeinen Prinzip ausgegangen wären, so wäre uns dieses wohl in den Rechtsquellen, welche so selbstverständliche Sätze wie „actori incumbit probatio" enthalten, überliefert worden. Dafür, daß dem römischen Rechte ein allgemeines Beweislastprinzip unbekannt ist, ist vielleicht auch der Umstand ein Beweis, daß die Bearbeiter unseres Themas für ihre sehr von einander abweichenden Anschauungen über die Beweislastverteilung im Allgemeinen Belege aus den römischen Rechtsquellen anzuführen vermögen. Richtig ist, was in dieser Hinsicht Bethmann-Hollweg[3]) sagt: „Der römische judex sollte in der Beurteilung der Thatsachen eines Rechtsfalls durchaus nicht durch allgemeine Regeln beschränkt werden. Ein feines juristisches Urteil, wie es die Handhabung von Beweislastregeln voraussetzt, fehlte den römischen Privat-

---

[1]) Dig. 22, 3.

[2]) Cod 4, 19.

[3]) a. a. O. S. 254 und 321. Aehnlich Heffter, Zusätze zu Weber Ueber d. Verb. z. Beweisführung S. 207 Anm. 2; Unger a. a. O. S. 564, Anm. 26.

richtern. Etwas anderes ist es mit speziellen Beweislastregeln, wie sie die römischen Quellen enthalten: Diese setzen hinsichtlich ihrer richtigen Handhabung eine besondere juristische Bildung nicht voraus, sondern erleichtern vielmehr dem Richter die Anwendung der betr. Rechtssätze."

Soweit die Bearbeiter unseres Themas sich für die von ihnen aufgestellten allgemeinen Beweislastregeln auf das römische Recht berufen, braucht des Näheren auf ihre diesbez. Ausführungen angesichts des bürgerl. Gesetzbuches nicht eingegangen zu werden. Die meisten Schriftsteller führen aber für die von ihnen vertretene Beweislastverteilung noch andere Gründe an, und zwar suchen sie ihre Beweislastregeln zum Teil mit logischen, zum Teil mit prozessualischen Gründen zu rechtfertigen; manche Schriftsteller, wie z. B. schon Bethmann-Hollweg, sehen überhaupt von einer Rechtfertigung des von ihnen aufgestellten Beweislastprinzips auf Grund des römischen Rechtes ab und berufen sich lediglich auf andere Gründe, wie sie des näheren in den beiden folgenden Paragraphen angeführt und gewürdigt werden sollen.

Die Aufgabe, um welche es sich bei der Entwicklung eines Prinzips für die Beweislastverteilung handelt, ist die, den Ort festzustellen, wo im materiellen Klage- Einrede- 2c.-grund die Erkennungsschranke zu ziehen ist; es handelt sich um die Frage, wie viel Thatsachen des materiellen Klage- Einrede- 2c.-grundes festgestellt sein müssen, damit der Richter ein den Anspruch zu- bezw. aberkennendes Urteil erlassen kann und muß. Nicht alle Bearbeiter unseres Themas haben die Frage nach der Beweislastverteilung in dieser Weise zu lösen versucht. Insbesondere einige jener Schriftsteller, welche die Theorie von der bloß affirmativen Beweislast (Prinzip der Bejahung) verteidigt haben, sind bei Begründung ihrer Beweislastverteilung von einer falschen Auffassung hinsichtlich der Aufgabe, um die es sich handelt, ausgegangen. Die von ihnen angeführten Gründe dafür, daß der Richter bestimmte negative Thatsachen z. B. die

Thatsache einer Nicht-Veränderung[1]) ohne Beweis für wahr annehmen müsse, rechtfertigen nämlich durchaus nicht die von ihnen aufgestellte Beweislastregel, daß den Kläger und den Beklagten nur die Beweislast bezl. jener Voraussetzungen des geltend gemachten Anspruchs oder der Wirksamkeit der vorgebrachten Einrede treffe, welche als positive d. h. eine Veränderung eines Zustandes in sich schließende erscheinen. Selbst wenn man zugeben könnte, daß der Richter derartige negative Thatsachen, also Thatsachen, welche sich als Nicht-Veränderung eines Zustandes darstellen, bis zum Beweise des Gegenteils für wahr halten müsse, so wäre damit nicht dargethan, daß der Richter bereits bei Vorliegen jener Thatsachen des materiellen Klage- Einrede ꝛc.-Grundes, welche sich als eine Veränderung des bisherigen Zustandes darstellen, ein den Anspruch zu- bew. aberkennendes Urteil erlassen könnte und müßte, sondern nur daß jene Thatsachen des materiellen Klage- Einrede- ꝛc.-grundes, welche als Nicht-Veränderung des bisherigen Zustandes erscheinen, nicht beweisdürftig sind, wie sie ja auch dann keines Beweises bedürften, wenn sie zugestanden oder notorisch wären. Die Konsequenzen der unrichtigen Auffassung treten hervor bei einem Verfahren mit Verhandlungsmaxime: hier müßten diese Thatsachen einer Nicht-Veränderung vom Kläger wenigstens behauptet werden, wenn sie auch eines Beweises nicht bedürften; denn der Schluß, daß solche Thatsachen, weil sie nicht beweisbedürftig sind, auch nicht behauptet werden müßten, wäre natürlich unrichtig.[2])

---

[1]) s. unten § 6 bei den diesbezl. Ausführungen von Rizy und Fitting.

[2]) Damit stimmt Unger a. a. O. S. 558 Anm. 16 überein: „Es ist eine Verkehrung des natürlichen Verhältnisses, wenn man dasjenige, was jemand zu behaupten habe, aus dem, was er zu beweisen habe, entnehmen will; vielmehr richtet sich umgekehrt das zu beweisende nach dem zu behauptenden, weil der Beweis nichts anderes als der Inbegriff der Gründe für die Wahrheit einer Behauptung ist. Gleicher Ansicht auch

Die überwiegende Mehrzahl der Bearbeiter unseres Themas hat diese Auffassung als unrichtig erkannt. Nach ihrer Ansicht[1]) löst sich die Frage nach der Beweislast in die Frage nach der Behauptungslast auf: „Beweisen müsse derjenige, welcher behaupten müsse; was behauptet werden müsse, das hänge wiederum davon ab, welche Thatsachen

---

Bruckmann, Begründung der Klagen des Reichs- und gem. Rechts, Bd. I S. 40 Ziff. 18.

[1]) Unger a. a. O. S. 450: Die Beweisverbindlichkeit geht mit der Anführungsverbindlichkeit Hand in Hand. Die Thatsachen, welche eine Partei im Prozesse zur Begründung ihres Anspruchs anführen muß, hat sie, falls dieselben beweisbedürftig sind, in der Regel auch zu beweisen. Daß man gewöhnlich bloß fragt, was jeder Teil zu beweisen hat, erklärt sich daraus, daß nicht das Behaupten, sondern nur das Beweisen eine wahre Last ist. Die Beweisverbindlichkeit ist eine Konsequenz der Anführungsverbindlichkeit. Nicht weil eine Partei eine Thatsache beweisen muß, muß sie dieselbe behaupten, sondern umgekehrt, was eine Partei behaupten muß, um ihren Anspruch zu fundieren, hat sie erforderlichenfalls auch zu beweisen. Windscheid Pand. I § 133 Anm. 4: Das Prinzip der Beweislast ist ein sehr einfaches; beweisen muß, wer behauptet, nicht, wer bestreitet. Die Frage ist nur, wie viel jede Partei behaupten muß, um zum Siege zu gelangen. Was man gewöhnlich die Frage nach der Beweislast nennt, ist eigentlich die Frage nach der Behauptungslast. Planck, Lehrbuch des deutschen Civ.-Proz.-R.-Bd. II S. 170: Von der Beweislast betroffen, beweispflichtig an erster Stelle ist . . . . der Behauptende . . . . nicht der Verneinende. Mot. z. C.-R.-O. S. 201: Die Frage, wer zu beweisen habe, löst sich in die Frage auf, was zu beweisen sei; die Beantwortung dieser Frage aber richtet sich nach der Beantwortung der Frage, was zu behaupten sei, eine Frage, deren Entscheidung davon abhängt, welche Thatsachen nach dem materiellen Rechte zu den Klage- oder zu den Einredethatsachen zu rechnen sind: Renaud, Lehrbuch des gem. deutsch. Civ.-Proz.-Rechts S. 253 u. A.; Fischer a. a. 6 S. 19: Die Beweislast ist im allgemeinen eine Folge der Behauptungslast. Deshalb muß man wenn gleich das Beweisen lästiger ist als das Behaupten, von der Behauptungslast ausgehen, wenn man zu klaren Ergebnissen kommen will.

zu dem prozessualischen Klage- Einrede- rc.-grund zu rechnen seien."

Richtig ist, daß im Verfahren mit Verhandlungsmaxime derjenige, welcher eine Thatsache behaupten muß, dieselbe auch, wenn sie beweisbedürftig ist, bei Meidung eines ungünstigen Erkenntnisses beweisen muß, daß also die Beweislast in diesem Sinne eine Folge der Behauptungslast[1]) ist. Dies ergibt sich aus der einfachen Erwägung, daß der Richter im Verfahren mit Verhandlungsmaxime eine Thatsache nur dann als festgestellt annehmen darf, wenn die betr. Thatsache im Prozesse behauptet und im Falle ihrer Beweisbedürftigkeit bewiesen ist, daß, wie Unger[2]) sich zutreffend ausdrückt, der Beweis nichts anderes als der Inbegriff der Gründe für die Wahrheit einer Behauptung ist; nur muß man bei dieser Auffassung eingedenk sein, daß ein Verfahren mit Verhandlungsmaxime vorausgesetzt ist — denn nur bei einem solchen kann von einer Behauptungslast die Rede sein —, und daß der Begriff der Beweislast im Sinne der Notwendigkeit für eine Partei, bei Meidung eines ungünstigen Urteils das nach Maßgabe der Beweislastregeln zu behauptende zu beweisen, also nicht im eigentlichen Sinne gebraucht ist, während eine Beweislastverteilung und die sich hieran knüpfende gefährliche prozessualische Situation, also eine Beweislast im eigentlichen Sinne, auch im Verfahren mit Offizialmaxime statt hat.

§ 6.

2) Die Theorie von der bloßaffirmativen Beweislast.

Die Theorie von der bloßaffirmativen Beweislast geht

[1]) Die Behauptungslast bestimmt sich nach den Beweislastregeln, nach der Beweislast im eigentlichen Sinne; s. Maxen, a. a. O. S. 64. Dagegen Reinhold a. a. O. S. 22.

[2]) a. a. O. S. 450.

von dem wörtlich verstandenen[1]) in 1 2 D. 22,3 enthaltenen Ausspruch des römischen Juristen Paulus: Eoi incumbit probatio, qui dicit non qui negat[2]) aus. Bereits der Glossator Irnerius hat diese Theorie, deren Anfänge in die zweite Hälfte des zwölften Jahrhunderts zurückreichen, verteidigt[3]) und zwar so, daß er den Beweis einer Negative für unmöglich erklärte. Sie ist in die Quellen des kanonischen Rechtes übergegangen[4]) und war lange Zeit in der Praxis die herrschende. Das kanonische Recht erklärte ebenfalls den Beweis einer Negative für unmöglich. Ebenso haben sich spätere Schriftsteller zur Begründung dieser Theorie auf die Unmöglichkeit des Beweises einer Negative berufen.[5])

---

[1]) Wörtlich genommen könnte diese Stelle so übersetzt werden, als ob nur derjenige, welcher eine Bejahung behauptet, beweisfällig sei, man ist heute darüber einig, daß diese Stelle nicht in diesem Sinne verstanden werden kann, sondern in dem, daß derjenige beweisen müsse, der eine Thatsache — gleichviel ob eine negative oder positive – behauptet, nicht derjenige, welcher diese Behauptung ableugnet. Wenn man die Stelle in dieser richtigen Weise übersetzt, so verliert sie den Charakter eines Rechtssatzes, auf welchem man ein Prinzip der Beweislastverteilung aufbauen könnte; die Stelle ist nach dieser Uebersetzung ebenso nichtssagend und selbstverständlich, wie der Satz: actori incumbit probatio. s. a. Reinhold a. a. O. S. 7.

[2]) Man berief sich außerdem noch auf l. 23, C. 4,19: . . . . quum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit. s. hiezu Langenbeck a. a. O. S. 253 ff.

[3]) Odofredus in l. 2 de prob.; Accursius in l. 23 C. de prob. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 327 u. 328.

[4]) z. B. C. 11, 12 x de prob. 2, 19. C. 23 x de elect. 1,6; C. 3 x de causa posses et propriet. 2,9. Vergl. ü. d. Stellen Weber a. a. O. S. 114 ff.

[5]) z. B. Leyser Medit ad Paud. cp. 255 med. 1. S. hiezu Langenbeck a. a. O. S. 249 ff. Klötzer, Versuch eines Beitrags zur Berichtigung von der Lehre der Beweislast S. 12 meint, daß der Beweis einer Negative nur indireckt geführt werden könne; dagegen Borst a. a. O. § 20, Langengeck a. a. O. S. 250.

Die Unrichtigkeit dieser Begründung haben insbesondere Weber[1]) und Borst[2]) nachgewiesen; seitdem ist die Ansicht, daß der Beweis einer Negative nicht möglich sei, aufgegeben.

Andere Schriftsteller geben die Möglichkeit des Beweises einer Negative zu, verneinen aber seine Notwendigkeit; Klötzer a. a. O. meint, daß das Nichts, die nackte Negation keine Rechtssukstrat sei, von welchem ein Recht abhängen könnte, daß folglich der Beweis einer Verneinung, wäre er auch möglich, ganz unnütz sei und niemand auferlegt werden könne.[3]) Gegen diese Ansicht hat bereits Borst[4]) angekämpft. Zu dieser Auffassung soll erwähnt werden, daß aus einem Nichts allerdings keine natürlichen Wirkungen entstehen können; dagegen können aus einem Nichts, nämlich aus einer negativen Thatsache, Rechtswirkungen entstehen; weder die positive noch die negative Thatsache erzeugt oder zerstört aus eigner Kraft Rechtswirkungen, wie etwa die Erde Früchte bringt, sondern das Recht knüpft an positive wie an negative Thatsachen Rechtswirkungen; wo es eine solche an eine negative Thatsache knüpft, ist die betreffende Rechtswirkung von dieser negativen Thatsache ebenso abhängig, wie da, wo sie an eine positive Thatsache geknüpft ist.

Der Theorie von der bloßaffirmativen Beweislast stand, gleichviel ob sie in der einen oder anderen der angegebenen Arten begründet wurde, das Bedenken im Wege, daß nichts leichter ist als eine Bejahung, indem man das Prädikat wechselt, in eine Verneinung zu verwandeln. Weber[5]) erwähnt, daß die Advokaten seinerzeit häufig noch in der verneinenden Form des Ausdrucks einen großen Schutz gegen die Last des Beweises zu finden glaubten und daß ihnen dies sogar in manchem Unterrichte als „pru-

---

[1]) a. a. O. S. 104 VI. § 10.

[2]) Borst, Ueber die Beweislast im Civil-Proz. S. 25 ff.

[3]) Aehnlich Kori, im Arch. f. civ. Praxis Bd. VIII, S. 91

[4]) a. a. O. S. 3, Langenbeck a. a. O. S. 252 ff.

[5]) a. a. O. S. 104.

dentia practica" empfohlen wurde. Diesem Bedenken gegenüber suchte man den Satz: affirmanti incumbit probatio non neganti, in welche Formel man die Theorie von der bloßaffirmativen Beweislast faßte, dadurch zu retten, daß man den Begriff einer Verneinung fest umgrenzte, indem man die Verneinung in wirkliche und scheinbare Verneinung unterschied. Eine feste Begriffsbestimmung für eine wirkliche Verneinung im Gegensatz zu einer bloß scheinbaren hat zuerst Schneider[1]) gegeben: Ein Thatsatz ist nach ihm verneinend oder bejahend, je nachdem er eine verneinende oder bejahende Naturbegebenheit oder eine verneinende oder bejahende menschliche Handlung ausdrückt; eine Naturbegebenheit oder menschliche Handlung nennt er bejahend, wenn durch sie der ursprüngliche Zustand der Dinge verändert wird, verneinend, wenn der ursprüngliche Zustand unverändert bleibt. Die Aufrechterhaltung des Satzes: affirmanti etc. in diesem Sinne begründete er damit, daß für die verneinenden Naturbegebenheiten und für die verneinenden menschlichen Handlungen eine Rechtsvermutung[2]) streite.

Dagegen ist zunächst zu erinnern, daß von einer Rechtsvermutung, wie sie Schneider behauptet, keine Rede sein kann, da ein Gesetz, welches eine solche Rechtsvermutung allein aufstellen könnte, nicht existiert. Die Begründung[3]), welche Schneider für seine Vermutung anführt: — „die Wahr-

---

[1]) Vollständige Lehre vom rechtl. Beweise §§ 15 ff.

[2]) Diese Regel stellt Schneider in §§ 26 und 29 auf; in Anm. 6 S. 424 sagt er, daß diese Regeln als die Grundlage seiner Beweislasttheorie zu betrachten seien, von welcher alle übrigen nur Ausnahmen oder nähere Bestimmungen wären. Schneider begnügt sich nämlich nicht mit diesen Grundregeln, sondern führt außerdem noch eine große Menge weiterer Beweislastregeln an, welche er alle in Form von Rechtsvermutungen gibt. Auf diese Weise gab Schneider den Anstoß für die sog. Präsumtionstheorie.

[3]) a. a. O S. 4-5 Anm. 6.

scheinlichkeit, daß von den unendlich vielen möglichen Veränderungen des Zustands der Dinge sich eine andere zugetragen habe, sei weit größer als die, daß sich gerade diejenige, welche der bejahende Thatsatz ausdrückt, zugetragen habe" — könnte bestenfalls nur eine sog. Erfahrungsvermutung (praesumptio facti sive hominis) rechtfertigen. Allein auch eine solche Erfahrungsvermutung läßt sich bei näherem Zusehen absolut nicht halten. Wenn man auch nicht soweit gehen kann, wie Reinhold[1]), welcher bei der Wandelbarkeit der menschlichen Verhältnisse eine der von Schneider aufgestellten entgegengesetzte Vermutung für vernünftiger hält, so läßt sich doch ein Grund, warum für die Thatsache der Nichtveränderung eines Zustandes eine größere Wahrscheinlichkeit vorhanden sein soll, als dafür, daß eine Veränderung eingetreten sei, nicht absehen.

Der Schneider'schen Ansicht hat es nicht an Verteidigern[2]) gefehlt; insbesondere Rizy[3]) hat den Satz: affirmanti 2c. im gleichen Sinne und mit ähnlicher Begründung wie Schneider verteidigt. Ebenso wie jener versteht Rizy unter bejahenden Sätzen (realpositive) solche, die den Eintritt einer Veränderung aussagen und unter verneinenden (realnegative) solche, welche die Existenz einer Veränderung leugnen; nur die ersteren sind nach Rizy Gegenstand der Beweislast. Als Grund, warum nur realpositive Sätze bewiesen werden müssen, gibt er an, daß die real-

---

[1]) a. a. O. S. 10. Langenbeck a. a. O. S. 261 meint, daß daraus, daß einmal ein gewisser Zustand eingetreten ist, nur geschlossen werden könne, daß er in der Vergangenheit eine Zeit lang fortgedauert habe, nicht aber, daß er noch in der Gegenwart fortdauere.

[2]) Kori a. a. O. S. 91 stimmt vollkommen mit Schneider's Ansicht überein.

[3]) Rizy, Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civ.-Prozesse S. 40 ff.

verneinenden Sätze vor den realbejahenden eine höhere Wahrscheinlichkeit voraus haben, indem jene einen unverhältnißmäßig größeren Umfang als diese in sich tragen, wie z. B. wenn man von einer Sache aussagt, sie sei nicht rot, im Gegensatz zu dem, der solches behauptet.

Rizy meint also, daß die realverneinende Behauptung deshalb eine viel höhere Wahrscheinlichkeit als die realbejahende habe, weil sie eine unzählige Menge anderweitiger Möglichkeiten offen lasse, während der realbejahende nur eine einzige Möglichkeit für die Wahrheit seiner Behauptung habe: die Behauptung, eine Sache sei nicht rot, lasse die Möglichkeit frei, daß die Sache irgend eine andere Farbe als die rote habe, während bei der Behauptung, die Sache sei rot, jede andere derartige Möglichkeit ausgeschlossen sei. Auch diese Begründung erweist sich bei näherer Betrachtung als nicht stichhaltig. Der realverneinende behauptet nicht etwa alle diese offenstehenden Möglichkeiten, sondern ebensogut, wie der realbejahende nur eine einzige Möglichkeit. In Wirklichkeit können diese verschiedenen Möglichkeiten neben einander nicht existieren, sondern es kann nur immer eine dieser Möglichkeiten gegeben sein: Eine Sache, die nicht rot ist, kann allerdings jede andere Farbe haben; in Wirklichkeit hat sie aber nur eine dieser möglichen anderen Farben. Nur diese eine in Wirklichkeit vorhandene Möglichkeit kann der realverneinende vernünftigerweise behaupten, wenn er sie auch des Näheren nicht bezeichnet und so im Zweifel läßt, welche von diesen Möglichkeiten er im Auge hat. Wer behauptet, daß eine Sache nicht rot sei, behauptet nicht etwa, daß sie alle anderen Farben außer rot habe — dies wäre der Wirklichkeit nicht entsprechend und deshalb unvernünftig — sondern nur, daß sie eine der Farben mit Ausnahme von rot habe. Es ist darnach die Anzahl der Möglichkeiten, welche die Behauptung des realbejahenden in sich schließt, ebenso wie jene, welche die Behauptung des Realverneinenden offen läßt = 1, d. h. die

beiden Behauptungen haben die gleiche Wahrscheinlichkeit für sich.[1])

Die Schneider-Rizy'sche Ansicht hat Fitting[2]) mit einer neuen Begründung versehen. Derselbe geht davon aus, daß es Verhältnisse gibt, welche ihrer Natur nach keiner besonderen Feststellung bedürfen: Nach dem Gesetze der Kausalität vermöchten wir uns keine Wirkung, d. h. kein Geschehen, Werden, Verändern zu denken ohne wirkende Ursache; ebensowenig vermöchten wir eine Veränderung eines bisherigen Zustandes anzunehmen ohne neuen bestimmenden Grund. Müsse nun aber die Fortdauer des bisherigen Zustandes, oder, was dasselbe sei, der Nichteintritt einer Veränderung angenommen werden, wenn kein oder kein genügender Grund für die Annahme einer Veränderung bestehe, so folge von selbst, daß die Berufung auf die Fortdauer des bisherigen Zustandes ihrer Natur nach keiner besonderen Feststellung bedürfe, daß also das Gericht diese Fortdauer annehmen müsse, wenn der Eintritt einer Veränderung entweder gar nicht behauptet oder zwar behauptet, aber nicht festgestellt werde. Der somit als selbstverständlich erwiesene Satz, daß jede Veränderung, jedes Geschehnis besonders festgestellt werden müsse, widrigenfalls es für das Gericht nicht vorhanden sei, sei die einfache Wahrheit, welche sich in der alten Regel: affirmanti ꝛc. auspräge.

Dazu ist Folgendes zu sagen: Nach dem Gesetz der Kausalität können wir uns allerdings eine Veränderung nur als Folge einer wirkenden Ursache denken; aber aus dieser Kausalität des menschlichen Denkens ergibt sich nicht, daß wir die Fortdauer eines gegebenen Zustandes annehmen, also für wahr halten müssen, so lange wir uns nicht von der Unwahrheit überzeugt haben, d. h. solange uns nicht eine bestimmte Ursache der Veränderung nachgewiesen ist.

---

[1]) Gegen Rizy zuerst Heffter a. a. O. S. 224 ff.; ferner Langenbeck a. a. O. S. 263.

[2]) a. a. O. S. 18 ff.

Wenn es uns aus irgend welchem Grunde mehr oder weniger wahrscheinlich erscheint, daß eine solche Ursache eingetreten sei und infolgedessen eine Veränderung des ursprünglichen Zustandes stattgefunden habe, so werden wir die Fortdauer des ursprünglichen Zustandes nicht mehr für wahr halten, sondern sie wird uns zweifelhaft erscheinen. Nur so lange als es uns aus irgend welchen Gründen unwahrscheinlich erscheint, daß die Fortdauer eines gegebenen Zustandes gestört worden sei, werden wir annehmen, daß eine Veränderung des Zustandes nicht eingetreten ist. Wir werden z. B. nicht daran zweifeln, daß ein Mensch, welchen wir gestern noch frisch und gesund gesehen haben, heute noch am Leben ist; wenn wir dagegen lange Zeit nichts mehr von ihm vernommen haben, so kann es uns zweifelhaft erscheinen, ob er noch lebt; wir müssen nicht etwa sein Fortleben so lange annehmen, bis uns der sichere Beweis erbracht ist, daß er gestorben ist. Wenn also Fitting meint, daß wir die Fortdauer eines gegebenen Zustandes annehmen müssen, wenn kein oder kein genügender Grund für die Annahme einer Veränderung besteht, so kann dieser Satz nur in dem Sinne als richtig anerkannt werden, daß wir die Fortdauer eines gegebenen Zustandes solange annehmen müssen, als kein Anhaltspunkte gegeben sind, welche es uns als möglich erscheinen lassen, daß eine Veränderung eingetreten sei, aber nicht in dem Sinne, wie Fitting ihn meint, daß wir die Fortdauer eines gegebenen Zustandes solange annehmen müssen, bis wir uns von einer eingetretenen Veränderung überzeugt haben. Es kann daher auch die von Fitting an diesen Satz geknüpfte Folgerung, daß der Richter die Fortdauer eines Zustandes solange annehmen müsse, bis ihm die Veränderung desselben bewiesen sei[1]),

[1]) Betzinger a. a. O. S. 290 verteidigt ebenfalls den Satz, daß die Fortdauer eines thatsächlichen (auch rechtlichen) Verhältnisses solange angenommen werden müsse, bis ein zureichender Grund für die Beendignng desselben vorliege.

als richtig nicht zugegeben werden. Nur solange wird der logisch denkende Richter die Fortdauer eines Zustandes annehmen, als es ihm nicht aus irgend welchen Gründen möglich erscheint, daß eine Veränderung eingetreten sei; sobald sich irgend welche Anhaltspunkte für eine Veränderung ergeben, wird ihm die Thatsache der Fortdauer des Zustandes zweifelhaft erscheinen und damit beweisbedürftig werden. Das Gesetz der Kausalität hindert uns nur, uns eine Veränderung zu denken ohne Ursache; aber es hindert uns nicht, die Möglichkeit einer solchen Ursache und die sich daran knüpfende Möglichkeit einer Veränderung in Betracht zu ziehen; in diesem Falle erscheint uns die Fortdauer des Zustandes nicht mehr unbedingt als wahr, sondern wird zweifelhaft und im Prozesse beweisbedürftig.

Es muß daran zurückerinnert werden, daß sich auf den im Vorstehenden angegebenen Begründungen, mit welchen Schneider-Rizy und Fitting den Satz: affirmanti etc. aufrecht erhalten wollen, kein Prinzip für die Beweislastverteilung aufbauen läßt, sondern daß die Ausführungen der gen. Schriftsteller, selbst wenn man sie als richtig bezeichnen könnte, nur eine Beweisregel dahin abgeben würden, daß die Fortdauer eines gegebenen Zustandes nicht beweisbedürftig ist.[1])

---

[1]) Fitting hat dies übrigens nicht unbeachtet gelassen; er geht von vornherein von folgenden zwei Fragen bei seinen Ausführungen aus: 1. Welche thatsächlichen Verhältnisse müssen nach Maßgabe des Civilrechts feststehen, damit in einem gewissen Sinn entschieden werden kann? 2. Welche thatsächlichen Verhältnisse sind ihrer Natur nach einer besonderen Feststellung nicht bedürftig? Diese zweite Frage beantwortet er in der angegebenen Weise, indem er die Thatsache der Fortdauer eines Zustandes als einer besonderen Feststellung nicht bedürftig erklärt. Nur bei der ersten Frage handelt es sich um die Beweislastverteilung.

§ 7.

3. Andere Beweislasttheorien.

Wir kommen im Folgenden zu den Beweislasttheorien jener Schriftsteller, welche im Gegensatz zu den im vorigen Paragraphen erwähnten bei der von ihnen aufgestellten Beweislastverteilung einen Unterschied zwischen positiven und negativen Thatsachen nicht machen, sondern die Beweislast nach anderen Gesichtspunkten bestimmen. Diese Richtung ist die neuere gegenüber der Theorie von der bloßaffirmativen Beweislast; sie ist schon in der älteren Zeit von angesehenen Schriftstellern eingeschlagen worden, im 17. und 18. Jahrhundert besonders von Cocceji[1]) und Böhmer.[2]) Der bedeutendste Vertreter dieser Richtung ist A. D. Weber,[3]) dessen Hauptverdienst aber weniger in dem von ihm aufgestellten Beweislastprinzip, als darin zu erblicken ist, daß er die Unhaltbarkeit der Präsumptionstheorie sowie der zu seiner Zeit herrschenden Theorie von der bloßaffirmativen Beweislast, welche sich darauf gründete, daß der Beweis einer Negative nicht möglich oder doch nicht notwendig sei, nachgewiesen hat.

Die Schriftsteller dieser Richtung sind von den beiden Sätzen des römischen Rechtes actori incumbit probatio[4]) und in exceptionibus dicendum est, reum partibus actoris fungi oportere[5]) ausgegangen und dabei auf das eigentliche Problem der Beweislast gestoßen, nämlich auf die Frage, welche

---

[1]) Henr. de Cocceji Diss de directa probatione negativa (1698).

[2]) J. H. Böhmer, jus eccl. prot. II 19 § 3 sequ. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 330.

[3]) Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civ.-Prozesse S. 94. ff.

[4]) l. 21 D. 22,3; § 4 J. de leg. 2,20; l. 8,20 C. 4,19; l. u. C. 44.

[5]) l. 19 pr. D. 22,3.

Thatsachen denn vom Kläger als prozessualischer Klagegrund und welche von dem Beklagten als Einreden zu beweisen seien. Auf diese Frage gaben ihnen diese beiden Sätze des römischen Rechtes keine Antwort. Die früheren Schriftsteller sind dieser Frage auch nicht näher getreten; sie begnügten sich mit Ausführungen über die sogen. persönliche Beweislast, d. h. darüber, daß und warum den Kläger die Beweislast hinsichtlich der Klagegrundes und den Beklagten hinsichtlich der Einreden treffe; bezügl. der sog. realen Beweislast, also der Hauptfrage, welche Thatsachen zum Klagegrund und welche zu den Einreden gehören, verwiesen sie auf das Civilrecht, indem sie irrtümlicher Weise annahmen, daß das Civilrecht bei den einzelnen Rechtsmaterien hierüber Aufschluß gebe. Auch das von Weber aufgestellte Beweislastprinzip: „Wer ein Recht oder eine Befreiung von Rechten oder Anmaßungen anderer ganz oder zum Teil mit Erfolg vor Gericht geltend zu machen sucht, ist schuldig, die noch ungewissen Thatsachen, deren Wahrheit das Recht oder die Befreiung als notwendig voraussetzt, zu beweisen," geht über die Frage der sogen. persönlichen Beweislast nicht hinaus.[1])

Erst nach Weber sind die Schriftsteller der Frage nach der sogen. realen Beweislast näher getreten; sie haben dabei fast durchgehends das Verfahren beobachtet, daß sie die den materiellen Klagegrund bildenden Thatsachen in rechtserzeugende, rechtshindernde und rechtsaufhebende Thatsachen schieden und dem Kläger die Beweislast bezügl. der ersteren, dem Beklagten die Beweislast bezügl. der letzteren beiden Arten von Thatsachen übertrugen. Dabei sind sie aber weder

---

[1]) Auch noch das von Maxen a. a. O. S. 47 ff. aufgestellte Beweislastprinzip, daß den Kläger die Beweislast bezl. der rechtserzeugenden und den Beklagten die Beweislast bezügl. der rechtshindernden und rechtsaufhebenden Thatsachen treffe, geht insofern nicht über die Frage der persönlichen Beweislast hinaus, als es keinen Aufschluß darüber gibt, was rechtserzeugende und was rechtshindernde Thatsachen seien.

darüber einig, warum sich die Beweislast in dieser Weise verteile, noch darüber, auf welche Art die rechtshindernden Thatsachen von den rechtserzeugenden abzugrenzen seien. Da in der Regel die nämlichen Schriftsteller die Beweislast des Beklagten bezügl. der rechtshindernden Thatsachen in anderer Weise begründen als bezügl. der rechtsaufhebenden, so müssen im Folgenden, wo diese Begründungen einer näheren Erörterung unterzogen werden sollen, die genannten beiden Arten von Thatsachen auseinander gehalten werden.

I. Bethmann-Hollweg[1]) bezeichnet als rechtserzeugende Thatsachen die eigentümlichen, unmittelbaren, wesentlichen Bedingungen eines Rechtes, als rechtshindernde die übrigen Bedingungen der Rechtsentstehung. Bezüglich der ersterwähnten Thatsachen trifft nach seiner Ansicht den Kläger, bezüglich der letzterwähnten den Beklagten die Beweislast. Als Grund hiefür gibt er an, daß jene die Thatsachen wären, welche die Entstehung des Rechtes seinem Begriffe nach, also auch in der Regel zur Folge hätten. Die Regel in diesem Sinne bilde nicht die Mehrzahl einzelner Fälle, sondern was unmittelbar aus dem Begriff eines Rechtes oder Rechtsgeschäftes abgeleitet werden könne. Von den übrigen Bedingungen der Entstehung eines Rechtes oder der Gültigkeit eines Rechtsgeschäftes meint Bethmann-Hollweg, daß sie nicht unmittelbar seinem Begriffe angehören; werde hierauf das Nichtdasein des Rechtes oder die Ungültigkeit des Rechtsgeschäftes gegründet, so sei dies Ausnahme von der Regel, welche dargethan werden müsse vom Gegner, da die Regel solange angenommen werde, bis die Ausnahme bewiesen sei.

Bethmann-Hollweg bleibt bei dieser Ausführung offenbar den Grund für seine Behauptung, daß der Kläger nur die eigentümlichen, unmittelbaren, wesentlichen und der Beklagte die übrigen Bedingungen der Rechtsentstehung beweisen müsse, schuldig; denn damit, daß er die ersteren als die Regel, die letzteren als die Ausnahme bezeichnet, hat er

[1]) a. a. O. S. 350.

nicht den Grund für diese Beweislastverteilung, sondern lediglich eine andere Bezeichnung für die beiden Gruppen von Bedingungen der Rechtsentstehung beigebracht. Diese Begriffe der eigentümlichen. unmittelbaren, wesentlichen Bedingungen, welche die Regel, und der übrigen Bedingungen der Rechtsentstehung, welche die Ausnahme sein sollen, sind zudem so dunkel und unklar, daß dadurch nicht der Thatsachenkreis des prozessualischen Klagegrundes einerseits und der Einreden andererseits abgegrenzt wird, was die Aufgabe gewesen wäre, sondern lediglich eine unbekannte Größe durch eine andere unbekannte Größe ersetzt wird.

Dieses von Bethmann-Hollweg für die Unterscheidung von rechtserzeugenden und rechtshindernden Thatsachen aufgestellte Beweislastprinzip von Regel und Ausnahme hat viele Anhänger[1]) gefunden und kann als das heute herrschende bezeichnet werden; man hat sich daran, daß diese Beweislastverteilung jeglicher Begründung entbehrt, nicht gestoßen; auch hat man sich lange Zeit nach einer Begründung für dieselbe nicht umgesehen. Erst Planck[2]) hat diesem Beweislastprinzip von Regel und Ausnahme eine Begründung gegeben; derselbe meint, daß zur Ueberzeugung des Richters wie überall so auch vom Dasein des behaupteten Rechtes die Beibringung von Gründen ausreiche, welche ihm bei Beobachtung der einschlägigen gesetzlichen Vorschriften die Annahme des Nichtdaseins zwar noch denkbar aber unverständig erscheinen lassen, und daß es deshalb genüge, wenn die Partei die regelmäßigen Entstehungsthatsachen ihres Rechtes behaupte und beweise. Dagegen ist einzuwenden, daß dem Richter durchaus nicht immer, wenn ihm die regelmäßigen Entstehungsthatsachen des behaupteten Rechtes, also der prozessualische Klagegrund nachgewiesen ist, die Annahme des Nichtdaseins des Rechtes als unverständig erscheinen wird. Es kann im kon-

[1]) Wetzell, Syst. des ord. Civ.-Proz. § 17; Heffter a. a. O. S. 218; Unger a. a. O. S. 454; Reinhold a. a. O. S. 36 ff. u. A.
[1]) a. a. O. II S. 171.

kreten Falle mit Rücksicht auf die besonders gelagerten Umstände dem Richter die Annahme des Nichtdaseins des behaupteten Rechtes als sehr wahrscheinlich und die Annahme des Daseins desselben als sehr unwahrscheinlich erscheinen, obwohl die regelmäßigen Entstehungsthatsachen erwiesen sind: z. B. ein stadtbekannter Wucherer klagt ein Darlehen von einem Beamten ein, welches er demselben als Student gegeben hat; in diesem Falle wird dem Richter, selbst wenn durch einen vorgelegten Schuldschein die Hingabe des Darlehens feststeht, die gegenwärtige Existenz des Darlehensanspruchs als sehr zweifelhaft erscheinen; es wird ihm viel wahrscheinlicher sein, daß das Darlehensgeschäft wegen Wuchers nichtig ist; und doch gehört die Abwesenheit der Bewucherung nicht zum prozessualischen Klagegrund.

Langenbeck [1]) grenzt in anderer Weise als die vorerwähnten Schriftsteller die vom Kläger zu beweisenden rechtserzeugenden Thatsachen von den vom Beklagten zu beweisenden rechtshindernden ab; er behauptet, daß der Kläger nur jene Entstehungsbedingungen des geltend gemachten Rechtes beweisen müsse, welche als die äußeren Merkmale [2]) der Rechtsentstehung erscheinen, während den Beklagten die Beweislast bezügl. jener treffe, welche zu diesen äußeren Merkmalen nicht gehören. Als Grund gibt er an, daß im täglichen Leben die Frage, ob ein bestimmtes Recht oder Rechtsverhältnis entstanden sei, regelmäßig nach diesen äußeren Merkmalen beantwortet werde, daß man ferner im täglichen Leben darauf angewiesen sei, sich dem Vertrauen auf die äußeren Merkmale der Rechte zu ergeben: „Sei dies im Hinblick auf das bürgerliche Leben nicht zu bestreiten, so

[1]) a. a. O. S. 279 ff.

[2]) Was unter äußeren Merkmalen der Entstehung eines Rechtes verstanden werden soll, dafür gibt Langenbeck eine eigene komplizierte Definition.

müsse es ebenfalls mit Rücksicht auf die Stellung des Richters angenommen werden."

Der erste Teil dieser Behauptungen, also bezügl. des Rechtsverkehrs im gewöhnlichen Leben, soll nicht bestritten werden. Aber der Schluß auf den Prozeß und die Stellung des Richters ist nicht nur nicht zwingend, sondern sogar unrichtig. Sollte man doch eher umgekehrt meinen, daß der Richter im Rechtsstreite sich auch über jene Thatsachen der Entstehung eines Rechtes, welche nicht zu den äußeren Merkmalen gehören und im Rechtsverkehre regelmäßig nicht hervortreten, Gewißheit verschaffen und zu diesem Zwecke Aufschluß von den Parteien erwarten müsse; denn das Ideal der Rechtssprechung ist doch sicherlich nicht, sich mit dem äußeren Scheine zu begnügen, sondern den Thatsachen auf den Grund zu gehen und den Rechtsspruch möglichst auf Grund des wirklichen Sachverhaltes zu erlassen.[1])

Burckhard[2]) unterscheidet ebenfalls die Entstehungsbedingungen eines Rechtes in äußere und innere; nur bezügl. der ersteren soll den Kläger die Beweislast treffen. Er stellt den Satz auf: „Was äußerlich ohne Mangel existirt, trägt die Berechtigung seiner Existenz in sich, bis ihm diese Existenz und damit die derselben zukommende Wirkung bestritten, bis die Existenz vernichtet wird." Aehnlich wie Langenbeck beruft er sich darauf, daß das Rechtsleben das äußere Leben betreffe, und das Recht dasjenige, was äußerlich in die Sinnenwelt eingetreten sei und das äußere Gepräge der Gültigkeit trage, als etwas betrachte, das eben deshalb schon zu existieren berechtigt sei.

Allein diese ideale Existenzberechtigung eines die äußeren Merkmale der Entstehung aufweisenden, in Wirklichkeit aber infolge eines inneren Mangels nicht existierenden Rechtes läßt sich schwer einsehen; daß sich ferner eine solche ideale Existenzberechtigung, zu deren Vernichtung noch ein besonderer

---

[1]) Aehnlich Reinhold a. a. O. S. 59.

[2]) Die civilistischen Präsumptionen S. 156.

Angriff seitens des Gegners, ein Bestreiten erforderlich wäre, nicht daraus herleiten läßt, daß sich der Rechtsverkehr mit diesen äußeren Merkmalen der Rechtsentstehung begnügen muß, ist schon bei Langenbeck's ähnlicher Ansicht ausgeführt worden[1]).

II. Ebenso verschieden wie hinsichtlich der Frage, warum den Beklagten die Beweislast bezügl. der rechtshindernden Thatsachen (also nach der einen Ansicht jener Thatsachen, welche ausnahmsweise die Entstehung des Rechtes vereiteln, — nach der anderen Ansicht jener Thatsachen, welche nicht zu den äußeren Merkmalen der Entstehung eines Rechtes gehören) treffe, sind die Ansichten der Bearbeiter unseres Themas hinsichtlich des Grundes, warum der Beklagte die Beweislast bezügl. der rechtsaufhebenden Thatsachen trage.

Viele der älteren Schriftsteller[2]) haben die Beweislast des Beklagten hinsichtlich der rechtsaufhebenden Thatsachen damit begründet, daß das Dasein eines Rechtes, dessen Entstehungsthatsachen bewiesen seien, vermutet werde, welche Vermutung seitens des Beklagten durch Behauptung und Beweis von rechtsaufhebenden Thatsachen zerstört werden müsse.

---

[1]) In ähnlicher Weise begründet Burckhard die weitere von ihm aufgestellte Regel, daß die von ihm als keimzerstörend bezeichneten Thatsachen vom Beklagten zu beweisen seien; er sieht z. B. in der Errichtung eines Vermächtnisses, solange der Erblasser noch lebt, nur den Keim eines Rechtes, da zu dieser Zeit das Recht auf das Vermächtnis noch nicht zur vollen Entstehung gelangt sei; ein solcher Keim hat nach Burckhard auch nach seiner Zerstörung die Berechtigung, fortzuexistieren, und infolgedessen müssen Thatsachen, welche diesen Rechtskeim zu vernichten im stande sind, z. B. der spätere Widerruf des Vermächtnisses vom Gegner bewiesen werden. (s. Burckhard a. a. O. S. 147. u. 156 ff.) Hiezu ist zu vergl. das sub II. S. 45 ff. zu Burckhard's gleicher Ansicht bezügl. der rechtsaufhebenden Thatsachen gesagte.

[2]) Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 354 ff.; Puchta Pand. § 97; Rudorf Vorlesungen Bd. I S. 207; Albrecht, die Exceptionen S. 186 ff.; Heffter a. a. O. S. 220 ff. u. A.

Man hat mit Recht hiegegen eingewendet, daß eine solche Vermutung weder in den Gesetzen noch in der Erfahrung begründet sei[1]). Es kann in dieser Beziehung auf das zurückverwiesen werden, was oben zu der von den Vertretern der bloß affirmativen Beweislasttheorie aufgestellten Behauptung, daß das Gericht die Fortdauer eines Zustandes annehmen müsse, solange nicht dessen Veränderung nachgewiesen sei, gesagt wurde[2]). Im übrigen ist diese Ansicht, daß das Dasein eines Rechtes solange vermutet werde, bis eine rechtsaufhebende Thatsache nachgewiesen sei, längst aufgegeben.

Langenbeck[3]) und Burckhard[4]) berufen sich dafür, daß den Beklagten die Beweislast bezügl. der rechtsaufhebenden Thatsachen treffe, darauf, daß es unmöglich sei für den Kläger, nachzuweisen, daß von allen möglichen Gründen des Untergangs des einmal entstandenen Rechtes keiner vorgekommen sei.

So einleuchtend diese Begründung auf den ersten Blick erscheinen mag, so ist sie doch nicht vollständig und deshalb nicht genügend. Es kann dagegen eingewendet werden, daß die Unmöglichkeit, alle rechtsaufhebenden Thatsachen nachzuweisen, zunächst nur den Satz rechtfertigt, daß der Kläger nicht die Abwesenheit aller rechtsaufhebenden Thatsachen nachweisen muß, aber nicht die von den beiden genannten Schriftstellern aufgestellte Beweislastregel, daß der Kläger die Abwesenheit keiner einzigen der bei einem speziellen Anspruch in Betracht kommenden rechtsaufhebenden Thatsachen beweisen muß; denn die Unmöglichkeit, die Abwesenheit aller rechtsaufhebenden Thatsachen zu beweisen, würde nicht hindern, daß die Beweislast des Klägers sich auch auf die eine oder andere bestimmte rechtsaufhebende Thatsache erstreckt.

---

[1]) Unger a. a. O. II. S. 460; Reinhold a. a. O. S. 65.
[2]) s. oben § 6.
[3]) a. a. O. S. 277.
[4]) a. a. O. S. 143.

Burckhard[1]) gibt noch einen weiteren Grund dafür an, daß die Beweislast bezügl. der rechtsaufhebenden Thatsachen den Beklagten trifft; er stellt den Satz auf: „Was einmal rechtlich existiert, trägt die Berechtigung seiner Existenz in sich, bis ihm die Berechtigung, zu existieren bestritten, bis diese Existenz vernichtet wird.“ Diese Existenz zu vernichten, sei Sache des Beklagten. Da sich das Recht sozusagen selbst erhalte, brauche Kläger nicht den Nachweis zu liefern, daß es sich erhalten habe.

Hiezu ist das nämliche zu sagen, was schon oben von der von Burckhard seinem Satze, daß den Kläger nur die Beweislast bezügl. der äußeren Merkmale der Rechtsentstehung treffe, gegebenen Begründung bemerkt wurde; die ideale Existenzberechtigung eines Rechtes, welches durch eine rechtsvernichtende Thatsache zerstört wurde, ist schwer einzusehen.

Reinhold[2]) meint, daß der Kläger des unmöglichen Beweises der gegenwärtigen Fortdauer seines Rechtes durch die Verhandlungsmaxime überhoben werde; denn „nach der Regel quod non in actis, non est in mundo werde auch ohne Beweisführung von Seite des Klägers angenommen, daß rechtsvernichtende Thatsachen nicht vorgekommen seien, wenn nicht der Beklagte, wie es sein Interesse erfordere, eine rechtsvernichtende Thatsache vorbringe und im Bestreitungsfalle beweise.“

Dieser Ansicht steht zunächst entgegen, daß, wie oben § 5 ausgeführt wurde, eine Beweislastverteilung auch im Verfahren mit Offizialmaxime, wo der Satz: quod non in actis 2c. nicht gilt, statt hat und notwendig ist; die von Reinhold gegebene Begründung reicht aber für diesen Fall nicht aus.

Im Uebrigen ist die Behauptung Reinhold's, daß der Richter infolge des Satzes: quod non in actis 2c. annehmen müsse, daß eine rechtsaufhebende Thatsache in Wirk-

---

[1]) a. a. O. S. 144.

[2]) a. a. O. S. 64.

lichkeit nicht eingetreten und infolgedessen der klägerische Anspruch gegenwärtig existent sei, wenn nicht der Eintritt einer rechtsaufhebenden Thatsache vom Beklagten, der allein an einem solchen Beweise ein Interesse habe, bewiesen werde, unrichtig. Würde der Richter infolge des Satzes: quod non in actis ꝛc. annehmen müssen, daß eine Thatsache, welche im Prozesse nicht behauptet oder im Falle ihrer Beweisbedürftigkeit nicht bewiesen ist, in Wirklichkeit nicht eingetreten sei, so wäre die notwendige Folge, daß jede negative Thatsache ohne weiteres im Prozesse dem Richter bewiesen wäre, wenn nicht der Gegner, der ein Interesse an dem diesbezügl. Beweise hat, das Gegenteil beweist; es würde z. B. der Kläger aus einer condictio indeb. die Thatsachen der Nichtschuld im Prozesse weder zu behaupten noch zu beweisen brauchen; der Beklagte müßte den Beweis der Schuld führen; denn nach der besagten, dem Satze: quod non in actis ꝛc. beigelegten Tragweite würde die Thatsache der Schuld vom Richter als in Wirklichkeit nicht vorhanden angenommen werden müssen — die Thatsache der Nichtschuld wäre also als bewiesen anzusehen —, wenn nicht das Gegenteil, also die Schuld vom Beklagten, der allein ein Interesse daran hat, behauptet und bewiesen wird. Man kann dagegen nicht etwa einwenden, daß die Thatsache der Schuld bei der cond. indeb. keine rechtsaufhebende und auch keine rechtshindernde[1]) Thatsache sei, sondern daß die Thatsache der Nichtschuld zum prozessualischen Klagegrund gehöre[2]); denn man kann zweifellos diese aus dem Satze: quod non in actis ꝛc. gefolgerte Vermutung, daß der Richter von einer Thatsache, welche im

---

[1]) Reinhold a. a. O. S. 30 behauptet auch bezügl. der rechtshindernden Thatsachen, daß nach der Regel: quod non in actis ꝛc. angenommen werden müsse, daß solche nicht vorgekommen seien, wenn sie nicht behauptet oder doch nicht bewiesen werden.

[2]) Die Beweislast bezügl. der Thatsache der Nichtschuld bei der cond. ind. trifft nach Reinhold a. a. O. S. 111 den Kläger.

Prozesse nicht behauptet oder im Falle ihrer Beweisbedürftigkeit nicht bewiesen ist, annehmen müsse, daß sie in Wirklichkeit nicht vorliege, nicht auf rechtsaufhebende und rechtshindernde Thatsachen beschränken.

Die Regel quod non in actis ꝛc. besagt nur, daß der Richter Thatsachen, welche in dem Prozesse von den Parteien nicht behauptet und, soweit sie beweisbedürftig sind, nicht bewiesen werden, nicht berücksichtigen darf; sie sagt nur, daß der Richter eine rechtsaufhebende Thatsache nicht berücksichtigen darf, wenn sie von keiner Partei in den Prozeß eingeführt und bewiesen wird, aber nicht, daß der Richter annehmen müsse, es sei eine in den Prozeß nicht eingeführte oder doch nicht bewiesene rechtsaufhebende Thatsache in Wirklichkeit nicht vorgekommen. Wer in Gefahr ist, den Prozeß zu verlieren, wenn das Vorliegen oder Nicht-Vorliegen einer rechtsaufhebenden Thatsache im Prozesse nicht behauptet oder doch nicht bewiesen und infolge des Satzes: quod non in actis ꝛc. dann vom Richter nicht berücksichtigt wird, wen also die Beweislast trifft, darauf geben Antwort die Beweislastregeln; aus diesen ist zu entnehmen, ob der Kläger bei Meidung eines ungünstigen Urteils die Abwesenheit der rechtsaufhebenden Thatsache oder ob der Beklagte unter der gleichen Gefahr die rechtsaufhebende Thatsache behaupten und beweisen muß. Aus dem Satze: quod non in actis ꝛc. läßt sich eine diesbezl. Beweislastregel nicht entnehmen.

§ 8.

4. Die Notwendigkeit einer Erkennungsschranke als Grundlage eines Beweislastprinzips.

Wenn schon das Resultat, zu welchem wir im Vorstehenden bei Würdigung der Gründe, die die vorerwähnten Schriftsteller für ihre Beweislastregeln anführen, gelangten, nicht

ermutigen kann, eines der von ihnen aufgestellten Beweislastprinzipien zu adoptieren, so hält hievon noch mehr der Umstand ab, daß sich, wie hier im Voraus unter Verweisung auf die späteren diesbezl. Ausführungen [1]) konstatiert werden soll, die von den Bearbeitern unseres Themas gemachten Unterscheidungen der Entstehungsbedingungen eines Rechtes in solche, welche regelmäßig die Entstehung des Rechtes herbeiführen, bezw. ausnahmsweise dieselbe vereiteln, und in solche, welche als die äußeren bezw. inneren Merkmale der Entstehung eines Rechtes erscheinen, in dieser unklaren Fassung praktisch nicht durchführen lassen.

Man möchte nach den vielen mißglückten Versuchen, ein praktisch durchführbares Beweislastprinzip zu finden und zu begründen, die Auffindung und Begründung eines solchen als mit großen Schwierigkeiten verbunden erachten. Und doch läßt sich, wenn wir nur die Bedeutung, welche der Beweislastverteilung zukommt, in richtiger Weise würdigen, das Prinzip, nach welchem die Beweislast zu verteilen ist, einfach und leicht entwickeln.

Es wurde oben § 2 aus der Unmöglichkeit der vollständigen Analyse eines bürgerlichen Rechtsverhältnisses die Notwendigkeit einer festen Erkennungsschranke nachgewiesen, um einerseits die Rechtssprechung überhaupt zu ermöglichen, andererseits vor Ausartung in Willkür zu bewahren. Die Frage ist nun, wo im materiellen Klage-Einredegrund diese Erkennungsschranke zu ziehen ist. Die Beantwortung dieser Frage ergibt uns das Prinzip für die Beweislastverteilung. In dieser Beziehung ergibt sich sofort eine Minimalgrenze, nämlich ein Minimum von Thatsachen des materiellen Klage-Einredegrundes, welche in jedem Falle diesseits der Erkennungsschranke liegen müssen; der Richter kann nämlich jedenfalls nur dann befugt und verpflichtet sein, einen Anspruch nicht abzuerkennen, wenn zum mindesten soviele Thatsachen des materiellen Klagegrundes feststehen, daß sich nach

[1]) s. unten § 12.

Maßgabe des Zivilrechtes wenigstens die Möglichkeit der gegenwäriigen Existenz des Anspruches ergibt, bezw. trotz Feststehens dieses Minimal-Thatsachenkreises den Anspruch nicht zuzuerkennen, wenn wenigstens soviele Thatsachen des materiellen Einredegrundes feststehen, daß sich nach Maßgabe des Zivilrechtes die Möglichkeit der gegenwärtigen Wirksamkeit der Einredethatsache ergibt ɛc.; daraus folgt, daß diesseits der Aberkennungsschranke im materiellen Klagegrunde bezw. diesseits der Zuerkennungsschranke im materiellen Einredegrunde wenigstens jene Thatsachen liegen müssen, an welche in minimo das Zivilrecht die betr. Rechtswirkung, also den Anspruch bezw. die den Anspruch bereits im Entstehungsstadium oder den schon entstandenen Anspruch zerstörende Wirkung der Einredethatsache anknüpft.

Es fragt sich nun, ob die Erkennungsschranke mit dieser Minimalgrenze zusammenfällt. Diese Frage ist zu bejahen und zwar aus einem auf den ersten Blick befremdlich erscheinenden Grunde: nämlich weil sich ein anderer fester Punkt jenseits dieser Minimalgrenze im materiellen Klage- Einrede- ɛc. grund, in welchem diese Erkennungsschranke gezogen werden könnte, nicht ermitteln läßt. Es gibt nur drei feste d. h. genau bestimmbare Punkte, wo sich im materiellen Klagegrunde[1]) die Erkennungsschranke ziehen ließe: der erste Punkt ist der der Minimalgrenze, in diesem Falle liegen diesseits der Erkennungsschranke jene Thatsachen, an welche das Civil-Recht in minimo als Rechtswirkung den Anspruch anknüpft, jenseits derselben die übrigen Thatbestandsmerkmale des materiellen Klagegrundes; ein zweiter Punkt ließe sich dahin bestimmen, daß diesseits die Entstehungsbedingungen des Anspruches, also alle nach dem Civil-Recht bereits zur Entstehung des Anspruches erforderlichen positiven und negativen Voraussetzungen, jenseits die

[1]) Im Folgenden berücksichtigen wir nur den materiellen Klagegrund, es gelten natürlich die gleichen Ausführungen für den materiellen Einredegrund ɛc.

anspruchaufhebenden Thatsachen liegen; der dritte Punkt endlich würde mit dem Ende des materiellen Klagegrundes zusammenfallen. Daß wir die Erkennungsschranke weder im zweiten noch im dritten Punkte ziehen können, bedarf keiner Ausführung, im ersteren Falle müßte der Kläger sämmtliche Bedingungen der Entstehung des Anspruches, im letzteren Falle außerdem noch die Abwesenheit der anspruchaufhebenden Thatsachen beweisen, was beides unmöglich ist. Es bleibt somit nur übrig, die Erkennungsschranke im ersten Punkte zu ziehen, d. h. sie fällt mit der besagten Minimalgrenze zusammen; der Grund hiefür ist, wie hier wiederholt werden soll, der, daß wir eine feste Erkennungsschranke benötigen, wenn anders nicht die Rechtsprechung der richterlichen Willkür ausgeantwortet werden soll, daß sich aber ein anderer fester Punkt als der der bes. Minimalgrenze, in welchem sie gezogen werden könnte, nicht bestimmen läßt.

Man wäre vielleicht versucht, dieser Begründung das Bedenken entgegenzuhalten, daß es nicht abzusehen sei, warum im materiellen Klagegrunde bezl. eines bestimmten Anspruches z. B. bezl. eines Anspruches aus einem Darlehen für die Erkennungsschranke nicht ein anderweitiger fester Punkt bestimmt werden könnte; bei diesem Einwande würde aber übersehen werden, daß bei Bestimmung eines festen Punktes für die Erkennungsschranke nicht von einem speziellen Anspruche ausgegangen werden kann, sondern daß es sich darum handelt, einen festen Punkt zu finden, welcher sich im materiellen Klagegrunde jedes beliebigen Anspruchs feststellen läßt, indem wir ein allgemeines Beweislastprinzip, welches auf Ansprüche jeder Art Anwendung findet, benötigen.

Das Resultat der vorstehenden Ausführungen, daß den Kläger und den Beklagten die Beweislast bezüglich des Minimalthatbestandes der Rechtswirkung, auf welche sie sich berufen, trifft, ist noch kein endgültiges. Wollten wir uns mit diesem Resultate begnügen, so würde man uns nicht zu Unrecht jenen Vorwurf entgegenhalten, der oben Bethmann-

Hollweg, dem Begründer der Theorie von Regel und Ausnahme, gemacht wurde, nämlich, daß die Ersetzung der zu bestimmenden unbekannten Größe, des prozessualischen Klage- Einrede- 2c. grundes, durch eine andere unbekannte Größe, nicht als eine Lösung des Beweislastproblems erachtet werden kann. Die in dieser Hinsicht vielmehr noch ausstehende feste Umgrenzung und Bestimmung des Thatsachenkreises, an welchen das Civilrecht in minimo eine Rechtswirkung knüpft, ist die Aufgabe des folgenden Abschnittes, welcher der Entwickelung der allgemeinen Beweislastregeln gewidmet ist. Für die Aufgabe des vorliegenden Abschnittes, in welchem lediglich die richtige Grundlage der Beweislastverteilung gesucht werden sollte, mag das gefundene vorläufige Resultat und seine Begründung genügen.

Zu dem gleichen im Vorstehenden gewonnenen Resultate gelangt auch Betzinger in seinem höchst verdienstvollen, schon öfters erwähnten Werke, freilich auf einem anderen nicht als richtig zu erachtenden Wege.

Auch dieser Schriftsteller nimmt einen engen Zusammenhang zwischen der Verhandlungsmaxime und der Beweislastverteilung an. Ebenso wie die vorliegende Schrift spricht auch Betzinger von einer Aberkennungsschranke und zwar in dem Sinn, daß der Richter einen Anspruch nicht aberkennen dürfe, sobald ein Minimum von Thatsachen feststeht, wornach der Thatbestand einer jenen Antrag deckender Rechtsnorm als erfüllt erscheint. Diese Aberkennungsschranke ist aber nach der Ansicht dieses Schriftstellers eine Seite der Verhandlungsmaxime, „welche sich darin äußere, daß man z. B. vom Kläger außer den Anspruch erzeugenden Thatsachen nicht auch noch den Nachweis dafür verlangen dürfe, daß . . . . keine anspruchvernichtenden oder keimzerstörenden Umstände vorliegen. Solange letztere nicht formgemäß eingeführt wären, gelte von ihnen: non sunt in mundo."

Wenn wir diese Ausführungen nicht mißverstehen, so

will auch Betzinger den Satz: quod non in actis etc. dahin auslegen, daß der Richter bezüglich einer anspruchvernichtenden oder keimzerstörenden Thatsache, wenn sie in den Prozeß nicht eingeführt oder doch nicht bewiesen worden ist, annehmen müsse, sie liege in Wirklichkeit nicht vor; daß diese Ansicht unrichtig ist und zu der bedenklichen Konsequenz führen würde, daß in Folge des Satzes: quod non in actis etc. eine Vermutung für das Nichtvorhandensein aller jener Thatsachen angenommen werden müßte, welche im Prozesse nicht behauptet oder doch nicht bewiesen werden, ist bereits oben begründet worden.[1])

[1]) Siehe oben bei Reinhold's gleicher Ansicht S. 49 ff.

III. Abschnitt

Die allgemeinen Beweislastregeln.

§ 9.

1. Die Gegen- und Parallelwirkung der Normen des bürgerlichen Rechtes.

Bevor auf die eigentliche Aufgabe dieses Abschnittes eingegangen werden kann, muß eine Einteilung der Normen des bürgerlichen Rechtes vorgenommen, und das Verhältnis der Gegen- und Parallelwirkung, in welchem die einzelnen Arten dieser Normen untereinanderstehen, veranschaulicht werden.

Zunächst mögen einige Vorbemerkungen über die logische Struktur der Civilrechtsnormen gestattet sein. Jede Rechtsnorm enthält ein Urteil (im Sinne der Logik), nämlich die Verbindung eines Prädikatsbegriffes, d. i. einer Rechtswirkung, mit einem Subjektsbegriffe, dem sog. gesetzl. Thatbestand[1]), welch' letzterer in einzelne Merkmale (sog. Voraussetzungen oder Erfordernisse) — Thatbestandsmerkmale — zerfällt; z. B. 1.) § 241 B.G.-B.: Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Thatbestand dieser Norm: Schuldverhältnis; Rechtswirkung: Berechtigung des Gläubigers, vom Schuldner eine Leistung zu fordern.

---

[1]) s. Betzinger a. a. O. S. 247.

2.) § 305 B. G.-B: Zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft ist ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich. Thatbestand dieser Norm: Vertrag zwischen den Beteiligten; Rechtswirkung: Begründung eines Schuldverhältnisses.

3.) § 362 B.G.-B.: Das Schuldverhältnis erlischt, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird. Thatbestand dieser Norm: Bewirkung der geschuldeten Leistung an den Gläubiger; Rechtswirkung: Erlöschen des Schuldverhältnisses.

Nach der Rechtswirkung, bezw. den logischen Wechselbeziehungen der Rechtswirkungen, können die Normen des bürgerl. Rechtes in Anspruchsnormen, Gegennormen und Ergänzungsnormen unterschieden werden. Anspruchsnormen nennen wir jene, deren Rechtswirkung einen Anspruch, d. i. eine Berechtigung, von einem anderen ein Thun oder ein Unterlassen zu verlangen, ausdrückt. Eine Anspruchsnorm ist also die oben sub. 1) angeführte. Als Gegennormen bezeichnen wir jene Rechtssätze, deren Rechtswirkung mit derjenigen einer anderen Norm im Widerspruch steht, d. h. die Anwendbarkeit einer solchen Norm ausschließt; eine Gegennorm ist darnach die oben sub. 3) angeführte. Bezüglich der Ergänzungsnormen endlich lassen sich im allgemeinen folgende Kennzeichen angeben; eine selbstständige Bedeutung wie den Anspruchs- und Gegennormen kommt ihnen nicht zu; der Zweck der Ergänzungsnormen besteht lediglich darin, den Thatbestand anderer Normen, deren Rechtswirkung diejenige der Ergänzungsnormen, soweit man bei ihnen überhaupt von einer Rechtswirkung sprechen kann, parallel gerichtet ist, zu ergänzen. Eine Ergänzungsnorm ist die unter den obigen Beispielen sub. 2) angeführte.

I. Die Anspruchsnormen.

Die Rechtswirkung der Anspruchsnormen begegnet uns im B.G.-B. in mannigfaltiger Fassung. So lautet z. B. der

§ 433: Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben.

§ 985: Der Eigentümer kann vom Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen.

§ 1004 Abs. 1 S. 2: Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann der Eigentümer auf Unterlassung klagen.

Eine besondere Art der Anspruchsnormen wollen wir unter dem Namen „Nebenanspruchsnormen“ ausscheiden; darunter werden solche Anspruchsnormen verstanden, welche zu anderen Anspruchsnormen in dem Verhältnisse stehen, daß sie außer dem vollen Thatbestand einer dieser anderen Anspruchsnormen noch ein neues Thatbestandsmerkmal enthalten, während andererseits ihre Rechtswirkung die der betr. anderen Anspruchsnorm erweitert oder modifiziert. Es ist z. B. die Nebenanspruchsnorm des § 288 B.G.-B.: „Eine Geldschuld ist während des Verzuges mit vier vom Hundert für das Jahr zu verzinsen“ durch den Thatbestand irgend einer Anspruchsnorm, welche einen Anspruch auf eine Geldleistung gewährt, zu ergänzen, z. B. durch den Thatbestand der Norm des § 607: „Hingabe von Geld als Darlehen;“ außerdem enthält der Thatbestand der Norm des § 288 noch als weiteres Thatbestandsmerkmal die Thatsache des Verzuges, während sie andererseits die Rechtswirkung einer solchen auf eine Geldleistung gehenden Anspruchsnorm z. B. die des § 607: „Berechtigung, Rückgabe des dargeliehenen Geldes zu verlangen“, erweitert, nämlich auf Zinsenleistung von der erwähnten Art ausdehnt. Ebenso setzt z. B. der § 280 B.G.-B.: „Soweit die Leistung infolge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes unmöglich wird, hat der Schuldner dem Gläubiger den durch die Nichterfüllung entstehenden Schaden zu ersetzen“, voraus, daß der Thatbestand irgend einer anderen auf eine Leistung gerichteten Anspruchsnorm vorliegt, und außerdem, daß diese Leistung infolge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes unmöglich geworden ist; andererseits modifiziert die Neben-

anspruchsnorm des § 280 die Rechtswirkung der betr. anderen Anspruchsnorm, also den Anspruch auf Erfüllung, indem sie an Stelle dieses Anspruchs einen Anspruch auf Ersatz des durch die Nichterfüllung entstehenden Schaden setzt.

II. Die Gegennormen.

Um seiner Aufgabe gerecht zu werden, hat der Gesetzgeber Angesichts der unendlichen Mannigfaltigkeit der rechtlich zu ordnenden menschlichen Verhältnisse nur den einen Weg, große Gruppen ähnlicher thatsächlicher Verhältnisse unter den gleichen rechtlichen Gesichtspunkt zu bringen, also in gleicher Weise zu ordnen durch Aufstellung allgemeiner Sätze ohne Rücksicht auf ihre thatsächliche Verschiedenheit. Obwohl der Gesetzgeber zunächst an die Aufstellung solcher allgemeiner Sätze gehen muß, um die Herrschaft über das Individuelle und Ungleiche der menschlichen Verhältnisse zu erlangen, ist er andererseits doch auch bemüht, den Anforderungen des Lebens nach Berücksichtigung des Individuellen Rechnung zu tragen; es werden nämlich von den allgemeinen Normen, welche infolge dieser Allgemeinheit thatsächlich sehr verschieden gestaltete Verhältnisse treffen, Ausnahmen geschaffen, indem die Rechtswirkung der allgemeinen Normen in gewissen Fällen, für welche es aus irgend welchen Rücksichten insbesondere solchen der Billigkeit nicht angemessen erscheint, daß die allgemeinen Normen auch auf sie Anwendung finden, aufgehoben wird. Die allgemeinen Vorschriften der §§ 823 ff. B. G.-B. über die Haftung aus unerlaubten Handlungen werden z. B. durch § 828 für den Fall als nicht anwendbar erklärt, daß derjenige, welcher durch unerlaubte Handlung einen Schaden anrichtet, noch nicht sieben Jahre alt ist: „Wer nicht das siebente Lebensjahr vollendet hat, ist für einen Schaden, den er einem anderen zufügt, nicht verantwortlich" (§ 828). Diese Normen, welche die Rechtswirkung einer anderen Norm für einen gewissen Fall ganz oder teilweise (zeitweise) aufheben, deren Rechtswirkung also

in diesem Sinne mit derjenigen einer anderen Norm im Widerspruche steht, nennen wir, wie schon erwähnt, Gegennormen[1]). Die Gründe, welche den Gesetzgeber bei Vorliegen besonderer Umstände bewegen, die Rechtswirkung der allgemeinen Norm durch eine Gegennorm aufzuheben, können bei Vorliegen anderweitiger Umstände nicht gerechtfertigt sein, sodaß für den Fall des Vorliegens solcher anderweitiger Umstände die Rechtswirkung der Gegennorm durch eine weitere Norm aufgehoben, und damit das betreffende Verhältnis wieder unter die allgemeine Norm gestellt wird. Solche Normen, durch welche die Anwendbarkeit einer Gegennorm ausgeschlossen wird, deren Rechtswirkung also mit der einer Gegennorm im Widerspruch steht, können wir Gegengegennormen heißen 2c.

Die Gegennormen lassen sich einteilen:

1. In allgemeine und spezielle Gegennormen[2]), je nachdem sich die Gegennorm gegen unbestimmt viele andere Normen oder nur gegen eine spezielle andere Norm richtet. Es schließt z. B. die Gegennorm des § 105: „Die Willenserklärung eines Geschäftsunfähigen ist nichtig" die Anwendbarkeit aller jener Normen, zu deren Thatbestand eine Willenserklärung gehört, für den Fall aus, daß der die Willenserklärung Abgebende geschäftsunfähig ist. Solche allgemeine Gegennormen enthält besonders zahlreiche der allgemeine Teil des bürgerlichen Gesetzbuches: z. B. die Normen über Geschäftsunfähigkeit und beschränkte Geschäftsfähigkeit, Scheingeschäft, nicht ernstliche Willenserklärung,

---

[1]) Siehe Betzinger a. a. O. S. 251.

[2]) Betzinger a. a. O. S. 251 spricht von mittelbaren und unmittelbaren Gegennormen und bezeichnet als mittelbare z. B. die im Text genannte Gegennorm des § 105 B.-G.-B., weil in diesem Falle die Gegenwirkung mit einer anderen Norm z. B. der Anspruchsnorm des § 607 (Darlehen) nicht sofort zu Tage trete, sondern auf diese erst unter Vergegenwärtigung, daß auch im Darlehensempfang eine Willenserklärung zu erblicken sei, geschlossen werden müsse.

Irrtum, Täuschung, Drohung, Bedingung, Befristung, unmögliche und unsittliche Verträge, Erfüllung, Aufrechnung, Erlaß u. s. w. Dagegen ist z. B. die Norm des § 958 Abs. 2 B. G.-B.: „Das Eigentum wird nicht erworben, wenn die Aneignung gesetzlich verboten ist", eine spezielle Gegennorm zu der Norm des § 958 Abs. 1 B. G.-B.: „Wer eine herrenlose, bewegliche Sache in Eigenbesitz nimmt, erwirbt das Eigentum an der Sache; denn die Gegennorm des § 958 Abs. 2 B. G.-B. richtet sich nur gegen die Norm des § 958 Abs. 1 B. G.-B.

2. In ausdrückliche und stillschweigende Gegennormen, je nachdem die Rechtswirkung der Gegennormen im Gesetze ausdrücklich hervorgehoben ist oder nicht. Regelmäßig ist die mit der einer anderen Norm im Widerspruch stehende Rechtswirkung der Gegennorm im Gesetze ausgedrückt:

z. B. § 398 B. G.-B.: „Eine Forderung kann von dem Gläubiger durch Vertrag mit einem anderen auf diesen übertragen werden" — allgemeine Norm.

§ 399 B. G.-B.: „Eine Forderung kann nicht abgetreten werden, wenn die Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist" — Gegennorm.

Besonders häufig bedient sich das B.-G.-B., um eine Gegennorm auszudrücken, der Wendungen: „Ausgenommen", „Ausgeschlossen", „dies gilt nicht", „diese Vorschrift findet keine Anwendung."[1])

Nicht selten bringt das B. G.-B. die Rechtswirkung der Gegennorm nicht zum Ausdrucke, sondern deutet nur in verschiedener später des Näheren zu erörternder Weise[2]) an, daß wir eine Gegennorm vor uns haben. In diesen Fällen

---

[1]) z. B. §§ 144, 203 Abs. 2, 687 Abs. 1, 831, 861 Abs. 2, 862 Abs. 2, 911, 935 Abs. 2, 997 Abs. 2, 1345 Abs. 2, 1416 Abs. 2, 1521, 1537, 1974.

[2]) s. unten § 13.

stillschweigender Gegennormen[1]) ist der Thatbestand der Gegennorm mit dem Thatbestande der Norm, gegen welche sie gerichtet ist, in der Weise verwoben, daß äußerlich die Gegennorm als Thatbestandsmerkmal einer anderen Norm erscheint. Ein Beispiel hiefür gibt der § 1648 B. G.-B.: „Macht der Vater bei der Sorge für die Person oder das Vermögen des Kindes Aufwendungen, . . . so kann er von dem Kinde Ersatz verlangen, sofern nicht die Aufwendungen ihm selbst zur Last fallen.“ Aeußerlich erscheint diese Bestimmung als eine einzige Norm und die Negative „sofern nicht die Aufwendungen dem Vater selbst zur Last fallen“ als Thatbestandsmerkmal. In Wirklichkeit bildet aber dieses negative Thatbestandsmerkmal den Kern einer Gegennorm. Wenn wir die Rechtswirkung dieser stillschweigenden Gegennorm ausdrücken wollen, so müssen wir den § 1648 B. G.-B. in folgende zwei Normen zerlegen:

„Macht der Vater bei der Sorge für die Person oder das Vermögen des Kindes Aufwendungen, . . . so kann er von dem Kinde Ersatz verlangen“ — Allgemeine Norm.

„Der Vater kann Ersatz nicht verlangen, sofern die Aufwendungen ihm selbst zur Last fallen“ Gegennorm.

Eine besonders wichtige Art der stillschweigenden Gegennormen sind jene, welche gegen die dispositiven Rechtssätze gerichtet sind; das Wesen der dispositiven Normen besteht eben darin, daß sich gegen dieselben eine Gegennorm richtet, welche ihre Anwendung für den Fall, daß etwas anderes vereinbart worden ist, oder ein anderweitiger Wille der Parteien vorlag, ausschließt.

Diese dispositiven Gegennormen sind im B. G.-B. in verschiedener Weise gefaßt:

---

[1]) Betzinger a. a. O. S. 255 spricht in diesen Fällen von „eingeschobenen“ Gegennormen. Er zählt außerdem a. a. O. S. 257 noch „beweisförmige“ Gegennormen auf; er versteht darunter solche, welche geradezu als Gegenbeweisregeln gefaßt sind, wie z. B. § 179 Abs. 1 B. G.-B.

a) Regelmäßig sind sie in der Fassung gegeben: „Wenn nicht, soweit nicht, sofern nicht ein Anderes bestimmt oder vereinbart ist.“ Es zerlegt sich also z. B. die dispositive Vorschrift des § 608 B.G.-B.: „Sind für ein Darlehen Zinsen bedungen, so sind sie, sofern nicht ein Anderes bestimmt ist, nach dem Ablauf je eines Jahres .... zu entrichten“ in folgende zwei Normen, indem wir zur dispositiven Gegennorm die Rechtswirkung ergänzen:

„Sind für ein Darlehen Zinsen bedungen, so sind sie nach dem Ablauf je eines Jahres zu entrichten“ — Allgemeine Norm.

„Ist von den Parteien etwas Anderes bestimmt worden, so sind die Zinsen gemäß dieser anderweitigen Bestimmung zu entrichten“ — Gegennorm.

Sehr oft ist im B. G.-B. die Eigenschaft einer Vorschrift als dispositive nicht durch einen derartigen eine stillschweigende Gegennorm involvierenden Zusatz hervorgehoben. Aufgabe der Gesetzesauslegung ist es, die Dispositivqualität einer Vorschrift darzulegen. Für uns kommt nur in Betracht, daß zu jeder solchen dispositiven Vorschrift eine Gegennorm des Inhalts zu ergänzen ist, daß die dispositive Vorschrift nicht Anwendung findet, wenn die Parteien etwas anderes vereinbart haben.

b) Die Eigenschaft einer Vorschrift als dispositive drückt das B. G.-B. ferner aus durch die Worte: „im Zweifel“, „wenn oder sofern sich nicht ein anderes ergibt“,[1]) „soweit nicht ein anderer Wille

[1]) In manchen Fällen wird jedoch durch diese Fassung eine Norm nicht als dispositive bezeichnet, sondern eine Gegennorm des Inhalts angedeutet, daß die betr. Vorschrift keine Anwendung findet, wenn sich aus dem Inhalte eines näher bezeichneten Rechtsverhältnisses ein anderes ergibt, z. B. §§ 168, 183 B. G.-B.

anzunehmen ist.“ Diese Wendungen deuten eine stillschweigende Gegennorm des Inhalts an, daß die betr. dispositive Vorschrift nicht zur Anwendung kommt, wenn sich ein anderer Wille der Parteien ergibt.

Der Unterschied zwischen der Fassung sub a und der sub b liegt also darin, daß die dispositiven Vorschriften, gegen welche eine Gegennorm in der Fassung sub a gerichtet ist, dann nicht zur Anwendung kommen, wenn eine besondere anderweitige Vereinbarung der Parteien stattgefunden hat, während die dispositiven Vorschriften, gegen welche sich eine Gegennorm in der Fassung sub b richtet — die sog. Auslegungsregeln —, bereits dann unanwendbar werden, wenn aus den Umständen ein abweichender Wille der Parteien zu entnehmen ist, ohne daß es eines besonderen rechtsgeschäftlichen Aktes bedarf.[2])

Die Darlegung der Eigenschaft gewisser Normthatbestandsmerkmale als Gegennormen hat für das materielle Recht wenig Bedeutung; für das materielle Recht ist es gleichgiltig, ob man in den Fällen stillschweigender Gegennormen eine einzige Norm, als deren Thatbestandsmerkmal die stillschweigende Gegennorm äußerlich erscheint, annimmt, oder ob man die betr. Norm, wie oben geschehen, in eine allgemeine Norm und eine Gegennorm zerlegt. Dagegen ist dies für die Beweislast von großer Wichtigkeit, indem in

---

[2]) Der praktische Unterschied zwischen den beiden Fassungen, also zwischen dispositiven Vorschriften und Auslegungsregeln ist von geringer Bedeutung. Denn einerseits genügt zur Ausschließung der dispositiven Vorschrift auch eine stillschweigende diesbezügliche Vereinbarung, welche also nicht in Worten, sondern in irgend welchen konkludenten Handlungen zum Ausdruck gekommen ist; andrerseits kann auch ein die Auslegungsregel ausschließender anderweitiger Parteiwille nur bewiesen werden, wenn dieser Wille irgendwie zum Ausdruck gekommen ist. s. Burckhard a. a. O. S. 349.

diesen Fällen, wo wir aus später zu erörternden Gründen[1]) eine solche stillschweigende Gegennorm annehmen, die Beweislast bezüglich des der stillschweigenden Gegennorm zu Grunde liegenden Thatbestandsmerkmales den Gegner desjenigen, welcher sich auf die allgemeine Norm beruft, trifft.[2])

III. Die Ergänzungsnormen.

Es ist dem Gesetzgeber nicht möglich, bei Normirung einer Anspruchs- oder Gegennorm den vollen Thatbestand in dieselbe aufzunehmen; er muß vor allem aus redaktionellen Rücksichten gewisse Teile des Thatbestandes der Anspruchs- oder Gegennorm ausscheiden und in einer besonderen Norm, welche wir Ergänzungsnorm nennen, niederlegen. Wenn z. B. der Gesetzgeber demjenigen, welcher eine Sache zehn Jahre lang im Eigenbesitz gehabt hat, den Anspruch gewährt, die Herausgabe der Sache von jedem späteren Besitzer zu verlangen, so könnte man zunächst an folgende Fassung dieser Anspruchsnorm denken: „Wer eine Sache zehn Jahre lang im Eigenbesitz gehabt hat, kann von dem Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen.“ Eine solche Fassung wäre aber höchst unzweckmäßig; denn der gleiche Anspruch auf Herausgabe der Sache muß noch in vielen anderen Fällen gewährt werden, z. B. demjenigen, welcher die Sache durch Uebertragung (§§ 929 ff. B. G.-B.), Verbindung, Vermischung, Verarbeitung (§§ 946 ff. B. G.-B.) 2c. erworben hat; schon aus dem Grunde, um nicht in allen diesen Fällen die den erwähnten Thatbeständen in gleicher Weise zukommende Rechtswirkung: „kann vom Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen“ wiederholen zu müssen, empfiehlt sich die Substitution eines Rechtsbegriffes: „Eigentum“ in der Weise, daß der Gesetzgeber an die einzelnen

---

1) s. unten § 11.

2) Das der Gegennorm zu Grunde liegende Thatbestandsmerkmal scheidet damit aus dem gesetzlichen Minimalthatbestande aus; siehe unten § 11.

erwähnten Vorgänge, also Ersitzung, Uebertragung, Aneignung ꝛc. zunächst als Rechtswirkung den Erwerb des Eigentums anknüpft und dann in einer weiteren Norm ausspricht: „der Eigentümer kann von dem Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen.“[1]) Eine derartige Substitution eines Rechtsbegriffes in Form einer Ergänzungsnorm ist aber mit Rücksicht darauf absolut erforderlich, daß noch mehr Rechtswirkungen sich an die eigentumbegründenden Thatbestände anknüpfen, und es doch nicht angängig wäre, alle diese Rechtswirkungen bei den einzelnen eigentumbegründenden Thatbeständen oder alle diese eigentumbegründenden Thatbestände bei diesen einzelnen Rechtswirkungen zu wiederholen. In den Ergänzungsnormen ist also der Thatbestand der Anspruchs- und Gegennormen, sei es ganz, wie in dem eben angeführten Beispiele, oder teilweise niedergelegt; dementsprechend ist ihre Rechtswirkung, soweit man von einer solchen sprechen kann, auf das gleiche Ziel gerichtet, wie diejenige der von ihnen zu ergänzenden Normen.

Wir können die Ergänzungsnormen unterscheiden:

1. in ausdrückliche und stillschweigende Ergänzungsnormen; von ausdrücklichen Ergänzungsnormen sprechen wir dann, wenn die Eigenschaft einer Norm als Ergänzungsnorm in dieser Norm selbst oder in der durch sie zu ergänzenden Norm angedeutet ist. Zu den ausdrücklichen Ergänzungsnormen rechnen wir z. B. jene, deren Rechtswirkung einen Rechtsbegriff wiedergibt; hierdurch ist angedeutet, daß der Thatbestand der Ergänzungsnorm in alle jene Normen zu substituieren ist, in welchen der betr. Rechtsbegriff vorkommt; so ist z. B. durch die in dem Rechtsbegriffe „Erbe“ bestehende Rechtswirkung der Ergänzungsnorm des § 1924 Abs. 1 B. G.-B. darauf hingewiesen, daß der Thatbestand dieser Norm „Abkömmling des Erblassers“ an Stelle des Rechtsbegriffes „Erbe“ in andere Normen zu substituieren ist, z. B. in die Norm des § 2018 B. G.-B.:

[1]) § 985 B. G.-B.

„Der Erbe kann von jedem, der auf Grund eines ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden Erbrechts etwas aus der Erbschaft erlangt hat, die Herausgabe des Erlangten verlangen."

Zu den ausdrücklichen Ergänzungsnormen gehören insbesondere auch die Definitionen, welche das B. G.-B. enthält; z. B. § 92: „Verbrauchbare Sachen im Sinne des Gesetzes sind bewegliche Sachen, deren bestimmungsmäßiger Gebrauch in dem Verbrauch oder in der Veräußerung besteht." In der Regel gibt jedoch das B. G.-B. eine Definition nicht in einer besonderen Norm, sondern dadurch, daß es den zu definierenden Begriff dem ihn definierenden Teile des Thatbestandes einer Norm in Klammern beifügt; z. B. § 121 B. G.-B.: „Die Anfechtung muß in den Fällen der §§ 119, 120 ohne schuldhaftes Zögern (unverzüglich) erfolgen . . . ."

Oft enthalten die Ergänzungsnormen einen ausdrücklichen Hinweis, wodurch sowohl ihre Eigenschaft als Ergänzungsnormen festgestellt als auch der Kreis der von ihnen zu ergänzenden Normen fest umschrieben wird; so ist z. B. in § 126 B. G.-B.: „Ist durch das Gesetz schriftliche Form vorgeschrieben, so muß die Urkunde von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift . . . . unterzeichnet werden" durch den Hinweis: „Ist durch das Gesetz schriftliche Form vorgeschrieben" diese Bestimmung des § 126 als Ergänzungsnorm zu allen jenen Normen, welche die Thatsache der Schriftform in ihrem Thatbestande enthalten, gekennzeichnet.

In vielen Fällen endlich weist die zu ergänzende Norm durch ausdrückliche Bezugnahme auf andere Bestimmungen auf diese letzteren als Ergänzungsnormen hin: z. B. § 462 B. G.-B.: „Wegen eines Mangels, den der Verkäufer nach den Vorschriften der §§ 459, 460 zu vertreten hat, kann der Käufer Wandelung oder Minderung verlangen."

Bei anderen Normen fehlt ein solcher Hinweis, welcher uns diese ohne weiteres als Ergänzungsnormen erkennen ließe; diese Normen wollen wir stillschweigende Ergänzungs-

normen heißen. Zur Beurteilung dieser Normen als Ergänzungsnormen besteht nur das allgemeine Kennzeichen der Ergänzungsnormen, nämlich daß die Rechtswirkung derselben derjenigen anderer — der zu ergänzenden — Normen parallel, d. i. auf das gleiche Ziel wie diese gerichtet ist. Es ist z. B. die Norm des § 766 B. G.-B.: „Zur Gültigkeit des Bürgschaftsvertrags ist schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung erforderlich“ eine stillschweigende Ergänzungsnorm, indem einerseits in diesem Falle ein ausdrücklicher Hinweis bezl. der Eigenschaft dieser Norm als Ergänzungsnorm fehlt, andererseits ihre Rechtswirkung — Gültigkeit des Bürgschaftsvertrags — auf das gleiche Ziel wie diejenige des § 765 B. G.-B.: „Durch den Bürgschaftsvertrag verpflichtet sich der Bürge ...., für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen“ gerichtet ist; der § 766 B. G.-B. will besagen, daß die Verpflichtung des Bürgen aus dem Bürgschaftsvertrag, also die Rechtswirkung des § 765 B. G.-B., nur dann eintritt, wenn bei Erteilung der Bürgschaftserklärung die schriftliche Form beobachtet wurde. Würde der § 766 die folgende Fassung haben: „Der Bürgschaftsvertrag ist ungültig — d. i. die Verpflichtung aus dem Bürgschaftsvertrag tritt nicht ein —, wenn die Bürgschaftserklärung nicht in schriftlicher Form erteilt wurde“, so würde seine Rechtswirkung mit derjenigen des § 765 in Widerspruch stehen; der § 766 wäre also in dieser Fassung eine Gegennorm. Aus den gleichen Gründen ist z. B. auch der § 164 Abs. 1 eine stillschweigende Ergänzungsnorm; seine Rechtswirkung, wonach derjenige, mit dessen Vertretungsmacht und in dessen Namen ein anderer eine Willenserklärung abgibt, verpflichtet wird, ist der Rechtswirkung vieler anderer Normen parallel gerichtet, z. B. der Rechtswirkung der Norm des § 433 B. G.-B., wonach der Verkäufer durch den Kaufvertrag verpflichtet wird, dem Käufer die Sache zu übergeben: nur wird in diesem Falle abweichend vom vorigen Beispiele die Rechtswirkung der zu ergänzenden Norm des

§ 433 B. G.=B. durch diejenige der Ergänzungsnorm des § 164 noch weiter ausgedehnt, also auf diejenigen, in dessen Namen und mit dessen Vertretungsmacht der Kaufvertrag von dem Vertreter abgeschlossen worden ist.

Wie die beiden vorstehenden Beispiele bereits andeuten, müssen wir die stillschweigenden Ergänzungsnormen in zwei Klassen scheiden:

a) in solche, deren Rechtswirkung mit derjenigen der zu ergänzenden Norm identisch ist; diese Identität der Rechtswirkungen der Ergänzungsnorm und der zu ergänzenden Norm tritt, wie das obige Beispiel der §§ 766 und 765 B. G.=B. zeigt, in der äußeren Fassung der betreffenden Normen nicht immer zu Tage. In vielen Fällen ist aber auch bereits nach der Fassung die Ergänzungsnorm mit der gleichen Rechtswirkung versehen, wie die zu ergänzende Norm. So ist z. B. die Rechtswirkung der Ergänzungsnorm des § 1001 B. G.=B: „Der Besitzer kann den Anspruch auf den Ersatz der Verwendungen nur geltend machen, wenn . . .“ bereits nach der Fassung identisch mit der zu ergänzenden Norm des § 994 B. G.=B.: „Der Besitzer kann für die auf die Sache gemachten notwendigen Verwendungen von dem Eigentümer Ersatz verlangen.“

Unter diese Klasse der stillschweigenden Ergänzungsnormen gehören insbesondere die Bestimmungen des B.G.=B. über die Rechtsfähigkeit juristischer Personen, ferner die allgemeinen Vorschriften über Verträge (§§ 145 ff. B. G.=B.) und die Vorschriften, welche für ein Rechtsgeschäft eine besondere Form oder eine Einwilligung oder Genehmigung verlangen.

b) in solche, deren Rechtswirkung, wie z. B. diejenige des obenangeführten § 164, über die Rechtswirkung der zu ergänzenden Norm noch hinausgeht; hierher gehören insbesondere die die sog. aktive und passive Sachlegitimation betreffenden Vorschriften des B.G.=B. z. B. über Uebertragung von Forderungen, Schuldübernahme.

Indem diese Ergänzungsnormen sub b) in ihrer Rechtswirkung noch über diejenige der zu ergänzenden Norm hinausgehen, kommen sie nicht regelmäßig zur Anwendung, sondern ergänzen nur dann eine andere Norm, wenn auf diese ihre weitere über die Rechtswirkung der Anspruchs- oder Gegennorm hinausgehende Rechtswirkung Bezug genommen wird; es wird z. B. der Thatbestand der Anspruchsnorm des § 433 B. G. B. durch den Thatbestand der Ergänzungsnorm des § 164 B. G.-B. nur dann ergänzt, wenn der Kaufvertrag von einem Vertreter abgeschlossen wurde und deshalb die Rechtswirkung des § 164 herangezogen werden muß. Alle übrigen Ergänzungsnormen dagegen kommen immer mit der von ihnen zu ergänzenden Anspruchs- oder Gegennorm zur Anwendung, indem diese letzteren Normen nie Platz greifen können, wenn nicht auch der Thatbestand ihrer Ergänzungsnormen vorliegt.

2. in allgemeine Ergänzungsnormen und spezielle Ergänzungsnormen. Allgemeine Ergänzungsnormen nennen wir jene, welche unbestimmt viele Normen ergänzen; allgemeine Ergänzungsnormen sind also z. B. die Bestimmungen über Rechtsfähigkeit juristischer Personen, indem diese bei jedem Anspruch für oder gegen eine juristische Person in jedem Falle in Frage kommen. Spezielle Ergänzungsnormen sind hiegegen solche, welche nur einzelne bestimmte Normen ergänzen; eine spezielle Ergänzungsnorm ist z. B. die des § 2176 B. G.-B.: „Die Forderung des Vermächtnisnehmers kommt, ... zur Entstehung mit dem Erbfalle“, indem sie nur die Anspruchsnorm des § 2174 B. G.-B.: „Durch das Vermächtnis wird für den Bedachten das Recht begründet von dem Beschwerten die Leistung des vermachten Gegenstandes zu fordern“ ergänzt.

Der Endzweck der Ergänzungsnormen ist stets, eine Anspruchs- oder Gegennorm zu ergänzen; diese Funktion erfüllen aber dieselben sehr oft nicht unmittelbar, sondern nur mittelbar; viele Ergänzungsnormen nämlich ergänzen

nicht unmittelbar eine Anspruchs- oder Gegennorm, sondern zunächst eine Ergänzungsnorm und erst mit dieser die Anspruchs- oder Gegennorm; es ergänzt z. B. die Norm des § 959 B. G.-B.: „Eine bewegliche Sache wird herrenlos, wenn der Eigentümer in der Absicht, auf das Eigentum zu verzichten, den Besitz der Sache aufgibt“ zunächst die Ergänzungsnorm des § 958 Abs. 1 B. G.-B.: „Wer eine herrenlose bewegliche Sache in Eigenbesitz nimmt, erwirbt das Eigentum an der Sache“; erst die durch § 959 bezügl. des Rechtsbegriffes „herrenlos“ ergänzte Norm des § 958 Abs. 1 ergänzt die Anspruchsnorm des § 985 B. G.-B.: „Der Eigentümer kann von dem Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen.“

Bezüglich der häufigen Fälle, wo sich Gegennormen gegen Ergänzungsnormen richten, also die Rechtswirkung von Ergänzungsnormen aufheben, muß erwähnt werden, daß durch diesen in der Fassung begründeten Widerstreit zwischen Ergänzungs- und Gegennormen immer eine Anspruchs- oder Gegennorm aufgehoben wird, nämlich jene, welche durch die betr. Ergänzungsnorm zu ergänzen ist; es richtet sich z. B. die Gegennorm des § 937 Abs. 2 B. G.-B.: „Die Ersitzung ist ausgeschlossen, wenn der Erwerber bei dem Erwerbe des Eigenbesitzes nicht im guten Glauben ist“ zunächst gegen die Ergänzungsnorm des § 937 Abs. 1 B. G.-B.: „Wer eine bewegliche Sache zehn Jahre im Eigenbesitze hat, erwirbt das Eigentum“ macht aber damit auch die Anspruchsnorm des § 985 B. G.-B. unanwendbar.

Zum Schlusse muß betont werden, daß, wie die eben abgeschlossene Erörterung zeigt, die Begriffe „Gegen- und Ergänzungsnormen“ dem gegenseitigen Verhältnisse der einzelnen Normen, den logischen Wechselbeziehungen der Rechtswirkungen der Normen entnommen sind, daß also, wie unten § 15 noch des näheren auszuführen sein wird, die Rechtswirkung der Norm A derjenigen der Norm B parallel und

derjenigen der Norm C entgegen gerichtet und demgemäß eine Norm — A — im Verhältnisse zu einer anderen — B — Ergänzungsnorm und im Verhältnisse zu einer dritten — C — Gegennorm sein kann; auch Anspruchsnormen erscheinen im Verhältnisse zu solchen Normen, deren Rechtswirkungen diejenigen der Ansprachsnormen entgegengerichtet sind, als Gegennormen.

§ 10.

2. Anspruchertzeugende, -hindernde, -vernichtende und keimzerstörende Normen.

Die im vorigen Paragraphen gepflogenen Erörterungen haben den Zweck, uns für die weiteren Ausführungen einige Hilfsbegriffe, nämlich die Begriffe Anspruchs- Gegen- Ergänzungsnormen an die Hand zu geben.

Im Folgenden muß noch eine andere Einteilung der Civ.-Rechtsnormen nach ihrer Rechtswirkung, nämlich im Hinblick auf das Entstehen und Untergehen der Ansprüche besprochen werden, weil sich dieser viele Bearbeiter unseres Themas bei Entwicklung und Aufstellung ihrer Beweislastregeln bedienen. Nach der Rechtswirkung der Normen des bürgerl. Rechts im Hinblick auf das Entstehen und Untergehen der Ansprüche können wir unterschreiben:

a) anspruchertzeugende Normen,[1]) d. h. solche, deren

[1]) Wenn man in der Regel statt von anspruchertzeugenden, vernichtenden ꝛc. Normen von anspruchertzeugenden ꝛc. Thatsachen spricht, so beruht dies auf eine Verwechslung von Ursache und Wirkung, indem nicht die Thatsachen ein Recht erzeugen, vernichten können, sondern nur die Norm, welche die anspruchertzeugende ꝛc. Wirkung den Thatsachen beilegt. S. Fitling a. a. O. S. 45; Betzinger a. a. O. S. 263. Wenn die Bearbeiter unseres Themas von anspruchertzeugenden ꝛc. Thatsachen statt Normen sprechen, so hat dies meist darin seinen Grund, daß sie nach der Art dieser Thatsachen — regelmäßig rechtserzeugende

Rechtswirkung einen Anspruch ausdrückt; wir haben sie oben § 10 kürzer „Anspruchsnormen“ genannt,

b) anspruchvernichtende Normen, d. h. solche, deren Rechtswirkung einen auf Grund einer anspruch-erzeugenden Norm bereits entstandenen Anspruch wieder aufhebt,[1]) sei es ganz oder zum Teil, sei es für immer oder zeitweise,

c) anspruchhindernde Normen, d. h. solche, deren Rechtswirkung die Entstehung eines Anspruchs z. Zt. oder für immer verhindern, obwohl der Thatbestand einer anspruchzeugenden Norm vorliegt,[2])

d) keimzerstörende Normen, d. h. solche, deren Rechtswirkung den eventuellen Eintritt der Rechtswirkung einer anspruchzeugenden Norm, von deren Thatbestand nur einige Merkmale aber noch nicht alle vorliegen, ausschließt. Weil diese keimzerstörenden Normen zur Zeit ihres Eintrittes noch gar keinen vollständigen Thatbestand einer anspruchzeugenden Norm vorfinden, sondern nur Teile desselben — Keime eines zukünftigen Anspruchs — hat man sie in dieser Weise bezeichnet.[3])[4])

---

bezw ausnahmsweise rechtshindernde, äußere bezw. innere Entstehungsthatsachen — die Beweislast verteilen.

[1]) z. B. Erfüllung (§ 362 B. G.-B.).

[2]) z. B. nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung (§ 118 B. G.-B.)

[3]) Die Bezeichnung hat Burckhard a. a. O. S. 147 ff. eingeführt. S. Reinhold a. a. O. S. 87 ff. Eine keimzerstörende Norm ist z. B. die des § 2253 B. G.-B. (Widerruf eines Vermächtnisses).

[4]) Betzinger a. a. O. S. 264 gebraucht die Bezeichnung „keimzerstörende Normen“ sowohl für die Normen sub d als auch für die sub c (anspruchhindernde Normen).

Hinsichtlich des zeitlichen Verhältnisses ergibt sich, daß der Thatbestand einer anspruchvernichtenden Norm dem Eintritte des Thatbestandes der anspruchерzeugenden Norm zeitlich nachfolgt, z. B. die Erfüllung, nachdem die Verbindlichkeit zur Entstehung gelangt war; dagegen ist der Thatbestand der anspruchhindernden Norm gleichzeitig mit dem der ansprucherzeugenden Norm gegeben; es wirkt z. B. die aufschiebende Bedingung nur dann anspruchhindernd, wenn sie gleichzeitig mit dem Thatbestande der ansprucherzeugenden Norm z. B. dem Abschluß des Kaufvertrags ins Leben tritt; wird sie erst später dem vorher unbedingt abgeschlossenen Vertrage hinzugefügt, so wirkt sie anspruchvernichtend. Am frühesten greift der Thatbestand der keimzerstörenden Normen ein, nämlich bevor noch der volle Thatbestand der Anspruchsnorm vorliegt.

Für die Frage der Beweislastverteilung hat die vorstehende Einteilung der civilrechtlichen Normen keine Bedeutung[1]); sie ist einerseits in dieser Hinsicht zu detailliert, indem wir von einer Unterscheidung zwischen anspruchvernichtenden, -hindernden und keimzerstörenden Normen absehen können,[2]) da für die Frage der Beweislast nur die gemeinsame Eigenschaft dieser Normen als Gegennormen in Betracht kommt. Andererseits ist diese Unterscheidung nicht ausreichend für die Behandlung unseres Themas, indem sie über den Begriff der Einreden nicht hinausgeht; zwar sprechen die Schriftsteller, welche diese Einteilung zum Kriterium ihrer Beweislastverteilung machen, auch von Repliken und Dupliken; aber ihr Kriterium — anspruchvernichtende, -hindernde und keimzerstörende Thatsachen — folgt ihnen hiebei nicht. Ferner

[1]) s. Betzinger a. a. O. S. 265.

[2]) Für viele Bearbeiter unseres Themas war eine solche Unterscheidung insbesondere deshalb nötig, weil sie die Beweislast des Beklagten bezl. der anspruchhindernden Thatsachen in anderer Weise begründeten, als bezl. der anspruchvernichtenden Thatsachen; s. oben § 7.

bleibt bei dieser Einteilung eine für die Frage der Beweislastverteilung wichtige Art von Normen ganz unberücksichtigt, nämlich die Ergänzungsnormen. Man könnte sie allerdings unter den Begriffen anspruchserzeugende-, hindernde rc. Normen mitverstehen; allein die Bedeutung, die den Ergänzungsnormen in der Frage der Beweislastverteilung, wie wir im Laufe der Erörterung sehen werden, zukommt, verlangt eine besondere Begriffsbestimmung und Bezeichnung für dieselben.

§ 11.

3. Die allgemeinen Beweislastregeln.

Wir sind oben § 8 in der Entwicklung der Beweislastregeln zu dem Resultate gelangt, daß den Kläger die Beweislast bezügl. der Thatsachen trifft, an welche in minimo das Gesetz den von ihm geltend gemachten Anspruch knüpft, und den den Beklagten bezüglich der Thatsachen, an welche in minimo das Gesetz eine den klägerischen Anspruch zerstörende Rechtswirkung anknüpft.

Dieser gesetzliche Minimalthatbestand des Anspruchs deckt sich mit dem Thatbestande der Anspruchsnorm und demjenigen ihrer Ergänzungsnormen, in welchen der Thatbestand der Anspruchsnorm ganz oder zum Teile niedergelegt ist. Ebenso fällt der gesetzliche Minimalthatbestand der Wirksamkeit einer Einredethatsache zusammen mit dem Thatbestande der betr. Gegennorm und demjenigen ihrer Ergänzungsnormen.[1])

Wir können danach unser Beweislastprinzip in folgender Weise formulieren: „Den Kläger trifft die Beweislast bezügl. des Thatbestandes der Anspruchsnorm, auf welche er sich beruft, und ferner bezügl. des Thatbestandes der diese Anspruchsnorm ergänzenden Normen; den Beklagten trifft die

[1]) Der gesetzliche Minimalthatbestand der Wirksamkeit einer Replikenthatsache fällt zusammen mit dem Thatbestand einer Gegengegennorm und dem ihrer Ergänzungsnormen rc.

Beweislast bezügl. des Thatbestandes der gegen die vom Kläger angerufenen Anspruchsnorm gerichteten Gegennorm und ferner bezügl. des Thatbestandes der diese Gegennorm ergänzenden Normen.[1])

Wenn wir in Betracht ziehen, daß auch Anspruchsnormen in die Funktion von Gegennormen eintreten, d. i. mit anderen Normen bezügl. der Rechtswirkung im Widerspruche stehen und infolgedessen deren Anwendbarkeit ausschließen, wie wir unten § 15 des näheren ausführen werden, so müssen wir unser Beweislastprinzip unter Vermeidung der auf die Parteirolle bezüglichen Begriffe „Kläger und Beklagter“ noch weiter vereinfachen: „Denjenigen, welcher sich auf die Rechtswirkung einer Norm beruft, trifft die Beweislast bezüglich des Thatbestandes dieser Norm, sowie bezüglich des Thatbestandes der sie ergänzenden Normen.[2])“

Nach diesem Beweislastprinzip konzentriert sich die

---

[1]) Den Kläger trifft die Beweislast bezügl. des Thatbestandes der gegen die vom Beklagten angerufene Gegennorm gerichteten Gegengegennorm und ferner bezügl. des Thatbestandes der diese Gegengegennorm ergänzenden Ergänzungsnormen 2c.

[2]) Diese Beweislastregel ergibt sich aber nicht so ohne weiteres, wie Fitting a. a. O. S. 41 anzunehmen scheint: „Erwägt man, daß kein Rechtssatz angewendet werden kann, wenn nicht das Dasein seiner thatsächlichen Voraussetzungen feststeht, so ergibt sich als notwendige Folge, daß das Gericht, wenn ihm blos die thatsächlichen Voraussetzungen einer Regelvorschrift feststehen, nicht aber auch diejenigen einer Ausnahmevorschrift (die von Fitting gebrauchten Begriffe sind identisch mit den von uns oben angewendeten Begriffen von allgemeinen Normen und Gegennormen), nur die Regelvorschrift anwenden kann.“ Daß der Richter bereits bei Vorliegen des Thatbestandes der allgemeinen Norm ohne Rücksicht auf das event. Platzgreifen einer Gegennorm das Urteil im Sinne der Rechtswirkung der allgemeinen Norm erlassen kann und muß, ergibt sich daraus, daß, wie oben § 8 des näheren ausgeführt wurde, die Erkennungsschranke mit der dort besagten Minimalgrenze zusammenfällt.

Schwierigkeit bezügl. der Beweislastverteilung dahin, das Verhältnis, in welchem die Rechtswirkungen der einzelnen Normen unter einander stehen, darzulegen; je nachdem die Rechtswirkung einer Norm mit derjenigen, auf welche sich der Kläger beruft, also der Anspruchsnorm, im Widerspruche steht oder nicht, muß sich der Beklagte oder der Kläger auf dieselbe berufen, und trifft infolgedessen den Beklagten oder den Kläger die Beweislast bezügl. des Thatbestandes dieser Norm. Das Problem der Beweislastverteilung besteht demnach darin, festzustellen, ob die Rechtswirkung einer Norm mit derjenigen der Norm, auf welche sich der Gegner beruft, im Widerspruche steht oder nicht, ob also die Norm eine Gegennorm oder eine Ergänzungsnorm ist. In den §§ 14 ff. unten sollen die Erkennungszeichen, wonach die Rechtswirkung einer Norm als der einer anderen parallel- bezw. entgegenwirkend zu beurteilen ist, die Erkennungsmerkmale der Ergänzungs- und Gegennormen, einer Erörterung unterzogen werden.

Wenn wir als Kriterium für die Beweislastverteilung die Parallell- und Gegenwirkung der Normen aufstellen, so halten wir andererseits die Beschaffenheit der den Thatbestand der Normen ausmachenden Thatsachen, insbesondere ob positive oder negative, als für die Frage der Beweislastverteilung bedeutungslos.[1]) In einer Reihe von Fällen bilden

---

[1]) Es muß selbstverständlich derjenige, welcher sich auf die Rechtswirkung einer Norm beruft, auch jenes Thatbestandsmerkmal dieser Norm beweisen, welches in einen mit „wenn, sofern, soweit" beginnenden Konditionalabsatz gefaßt ist; z. B. § 123 Abs. 2 B. G.-B.: „Hat ein dritter die Täuschung verübt, so ist eine Erklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben war, nur dann anfechtbar, wenn dieser die Täuschung kannte oder kennen mußte." Wer sich auf die Einrede der Täuschung im Falle, daß ein dritter diese herbeiführte, beruft, muß beweisen, daß derjenige, dem gegenüber die Willenserklärung abgegeben wurde (Kläger), die Täuschung kannte oder kennen mußte. s. Planck, Komm. z. B. G.-B. Bd. I S. 45 No. 3.

allerdings negative Normthatbestandsmerkmale den Kern von stillschweigenden Gegennormen; insbesondere haben wir bei vielen Normthatbestandsmerkmalen, welche die Fassung mit „wenn, sofern, soweit, solange" eingeleiteter negativer Konditionalsätze haben, stillschweigende Gegennormen vor uns; es kommt, wie wir in § 13 sehen werden, in dieser Beziehung darauf an, ob das Wort „nicht" unmittelbar hinter dem „wenn, sofern, soweit, solange" steht, oder doch nur durch die Worte „sich, er, sie, es" von dem „wenn, sofern 2c." getrennt ist, oder ob das Wort „nicht" weiter nach hinten im Konditionalsatze steht. Nur durch die erstere Fassung ist eine stillschweigende Gegennorm angedeutet, während im letzteren Falle, wenn also das Wort „nicht" weiter hinten im Konditionalsatze steht, nach unserem Beweislastprinzip die Beweislast bezügl. dieses negativen Thatbestandsmerkmales denjenigen trifft, welcher sich auf die Rechtswirkung der betreffenden Norm beruft;[1]) es muß z. B. im Falle des § 293: „Der Gläubiger kommt in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt" derjenige, welcher sich auf den Verzug des Gläubigers beruft (z. B. im Anschluß an die Gegennorm des § 301: „Von einer verzinslichen Geldschuld hat der Schuldner während des Verzugs des Gläubigers Zinsen nicht zu entrichten"), beweisen, daß der Gläubiger die angebotene Leistung nicht angenommen habe.

In allen Fällen, wo nicht einer der in § 13 zu erörternder Fälle stillschweigender Gegennormen statt hat, trifft denjenigen, welcher sich auf eine Norm beruft, zu deren Thatbestand ein negatives Merkmal gehört, auch die Beweislast bezügl. dieses negativen Thatbestandsmerkmales; es muß z. B. der Gläubiger, welcher im Falle des § 1480 B.G.-B. die Ehefrau persönlich für eine Gesamtgutsverbindlichkeit in Anspruch nimmt, beweisen, daß die Gesamtgutsverbindlichkeit nicht vor der Teilung des Gesamtguts berichtigt wurde.

---

[1]) s. Planck a. a. O. S. 45 No. 5.

Dagegen haben neuerdings Fitting[1]) und Betzinger[2]) angekämpft; sie behaupten, daß in jedem negativen Thatbestandsmerkmal einer Norm eine versteckte Gegennorm zu erblicken sei. Ihre diesbezügl. Beweisführung gipfelt darin, daß es doch auf Zufälligkeiten bezügl. der Fassung einer Norm beruhe, ob die Rechtswirkung derselben von einem negativen Thatbestandsmerkmal abhängig gemacht, oder ob dieses negative Thatbestandsmerkmal ausgeschieden und zu einem besonderen Rechtssatz mit entgegengesetzter Rechtswirkung, also zu einer Gegennorm erhoben sei. Fitting führt folgendes Beispiel an: 1) „Wer eine bewegliche Sache zehn Jahre im Eigenbesitze hat, erwirbt damit das Eigentum;“ 2) „die Ersitzung ist ausgeschlossen, wenn dem Erwerber bei dem Erwerbe bekannt war, daß er das Eigentum nicht erwerbe.“ In dieser Fassung sei die zweite Vorschrift mit Sicherheit als Gegennorm charakterisiert, und dies könne sich doch nicht ändern, wenn diese Vorschrift etwa in folgender Weise gefaßt wäre: „Derjenige, welcher eine bewegliche Sache zehn Jahre besessen hat, erwirbt das Eigentum, wenn ihm nicht bei dem Erwerbe des Besitzes bekannt war, daß er das Eigentum nicht erwerbe.“ Man könnte doch nicht wegen solcher oft ganz zufälliger Verschiedenheit der Fassung eine wesentliche verschiedene praktische Behandlung in Bezug auf die Beweislast eintreten lassen; dies sei gar nicht zu rechtfertigen.

Wenn man konsequent sein will, kann man sich zu dieser Ansicht nicht bekennen. Die Frage, von welchen Thatbestandsmerkmalen eine Rechtswirkung abhängig ist, kann uns, wie im § 13 unten näher auszuführen sein wird, nur die Fassung der Norm beantworten. Wenn im Gesetze eine Rechtswirkung von einem negativen Thatbestandsmerkmal abhängig gemacht ist, so können wir dieses negative Thatbestandsmerkmal nur dann vom Thatbestande der Norm

[1]) a. a. O. S. 51.
[2]) a. a. O. S. 255 ff.

trennen und zur Gegennorm erheben, wenn durch die Fassung dieses negativen Thatbestandsmerkmals oder aus anderen später zu erörternden Gründen eine stillschweigende Gegennorm angedeutet ist.[1] [2])

Es soll der praktische Sinn, welcher in diesen Bestrebungen, den Beweis einer negativen Thatsache zu vermeiden, liegt, nicht verkannt werden. In den meisten Fällen läßt sich der Beweis einer Negative nur durch den Eid führen; der Eid ist aber immer ein mißliches Beweismittel, welchem man mit vollem Recht aus dem Wege zu gehen sucht. Bedenken wir nun, daß über die Frage der Beweislast in den römischen Rechtsquellen nur wenig und insbesondere nichts über die Beweislast bezügl. negativer Thatsachen, wie z. B. bezügl. der in der Litteratur viel umstrittenen Fragen der Beweislast hinsichtlich der Thatsache der Nichterfüllung beim Verzuge, bei der Konventionalstrafe, bei der clausula cassatora, hinsichtlich der Thatsache der Nichterfüllung der Voraussetzung bei der condictio causa data causa non secuta ꝛc. enthalten ist, so sind alle die Konstruktionen[3]) und Versuche, welche man machte, um den Beweis negativer Thatsachen zu umgehen, sehr wohl begreiflich. Die Bestimmungen des Bürgerl. Gesetzbuches aber sind mit

---

[1]) s. unten § 13.

[2]) Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 341; Maxen a. a. O. S. 54; Unger a. a. O. II S. 562 Anm. 21; Langenbeck, a. a. O. S. 351 ff.

[3]) Es bedient sich z. B. Gerber a. a. O. S. 96, um den Beweis der Nichterfüllung bei der Konventionalstrafe dem Gläubiger abzunehmen, der Konstruktion: Der Vertrag bezügl. der Konventionalstrafe sei nichts anderes, als die vertragsmäßige Substitution eines sekundären praktischen Objekts, nämlich der Konventionalstrafe, an Stelle des primären Objekts, nämlich der nach dem Hauptvertrag geschuldeten Leistung; diese sekundäre Leistung sei nicht „in obligatione“, sondern dem Vertrage bloß solutionis causa, als ein gewissermaßen auf künstlichem Wege gewonnenes substituiertes Zahlungsmittel, angehängt.

besonderer Rücksicht auf die Beweislastverteilung abgefaßt worden; aus diesem Grunde können wir ohne Besorgnis, den Parteien schwierige negative Beweise aufzubürden, die negative oder positive Eigenschaft der Normthatbestandsmerkmale in Konsequenz unseres Beweislastprinzipes ignorieren und die Beweislast lediglich nach der Rechtswirkung der Norm bestimmen.[1]) [2])

§ 12.

4. Andere Meinungen.

Im Folgenden sollen die Beweislastregeln, welche andere Bearbeiter unseres Themas aufstellen, einer Erörterung bezüglich ihrer praktischen Durchführbarkeit unterstellt werden.

I. Die herrschende[3]), auch vom Entw. I adoptierte Ansicht geht dahin, daß den Kläger die Beweislast bezüglich jener Thatsachen trifft, welche regelmäßig die Entstehung des Rechtes zur Folge haben, und den Beklagten bezüglich jener, welche ausnahmsweise diese Entstehung hindern. Bezüglich

---

[1]) Mot. I S. 382: „Bei Fassung der Vorschriften des Entw. ist m Allgemeinen das Bestreben darauf gerichtet gewesen, hinsichtlich der einzelnen rechtserzeugenden Thatbestände den Umfang der Anführungspflicht und mittelbar damit auch der Beweispflicht thunlichst erkennbar zu machen."

[2]) Die meisten der bezügl. des gemeinen Rechts viel umstrittenen negativen Beweise, z. B. den Beweis der Thatsache der Nichterfüllung beim Verzuge (§ 284 B.G.=B.; metall. Prot. II. Bd. V S. 8814), bei der Konventionalstrafe (§ 345 B.G.=B.), der Nichtzahlung des Mietzinses beim Kündigungsrecht des Vermieters (§ 554 B.G.=B.) hat das B.G.=B. beseitigt.

[3]) Bethmann=Hollweg a. a. O. S. 349 ff.; Heffter a. a. O. S. 218; Wetzell a. a. O. § 17; Unger a. a. O. II S. 454; Renaud, Lehrb. d. gem. d. Civ. Proz. Rechts S. 254; Wach, Handb. d. d. Civ. Proz. Rechts S. 126; Reinhold a. a. O. S. 36 u. A.

der Frage, welche Thatsachen ein Recht regelmäßig zur Entstehung bringen, und welche ausnahmsweise seine Entstehung hindern, könnte man zunächst daran denken, daß unter diesen Regelthatsachen jene Thatbestandsmerkmale des materiellen Klagegrundes zu verstehen seien, welche am häufigsten eintreten;[1]) diese Auffassung weist bereits Bethmann-Hollweg[2]), der Begründer der Theorie von Regel und Ausnahme, zurück: „Die Regel in diesem Sinne bilde nicht die Mehrzahl einzelner Fälle, sondern was unmittelbar aus dem Begriff eines Rechtes oder Rechtsgeschäftes abgeleitet werden könne.“ Bethmann-Hollweg will also unter diesen regelmäßig rechtserzeugenden Thatsachen solche verstanden haben, welche unmittelbar aus dem Begriffe eines Rechtes abgeleitet werden können; und er spricht in diesem Sinne auch statt von regelmäßig rechtserzeugenden Thatsachen, ebenso wie auch die meisten späteren Vertreter seiner Beweislasttheorie, von spezifischen, die einem besonderen Rechtsverhältnis eigentümlichen, unmittelbaren, wesentlichen Bedingungen der Entstehung eines Rechtes. Nach dieser Begriffsbestimmung von spezifischen, eigentümlichen rc. Bedingungen der Rechtsentstehung würden sich aber bestenfalls die Entstehungsbedingungen eines Rechtes nur in die sogenannten allgemeinen Erfordernisse der Rechtsentstehung (z. B. Geschäftsfähigkeit, Verkehrsfähigkeit, Uebereinstimmung des Willens mit der Erklärung) und in die übrigen Entstehungsbedingungen, also die dem betreffenden Rechte eigentümlichen, spezifischen rc. scheiden lassen, indem diese sogenannten allgemeinen Erfordernisse der Rechtsentstehung als nicht unmittelbar dem

---

[1]) Betzinger a. a. O. S. 309: „Unter der Gesammtzahl aller Darlehen z. B. welche seit Justinian's Codifikation entstanden sind, bilden die z. Zt. noch klagbaren doch die verschwindende Minderzahl im Vergleich mit jenen Darlehen, welche durch Heimzahlung u. s. w. erloschen sind — und doch wird Niemand die Negation der Heimzahlung in den prozessualischen Klagegrund aufnehmen.

[2]) a. a. O. S. 351.

Begriffe des speziellen Rechtes angehörend, dem betreffenden Rechte eigentümlich ꝛc. angesehen werden können, da sie ja nicht nur Voraussetzungen der Entstehung des speziellen Rechtes sind, sondern bei einer Reihe von Rechtsverhältnissen in Betracht kommen; dagegen ließe sich eine Unterscheidung zwischen den einzelnen Entstehungsbedingungen eines Rechtes, welche nur bei diesem speziellen Rechte in Betracht kommen, durch diese Begriffsbestimmung nicht erreichen, da alle diese Entstehungsbedingungen dem speziellen Rechte eigentümlich sind; es ist z. B. die Thatsache, daß der Ersitzer einer Sache im guten Glauben ist, eine ebenso spezifische, eigentümliche ꝛc. Voraussetzung des Eigentumserwerbs durch Ersitzung als die Thatsache des zehnjährigen Besitzes; und doch unterliegt es keinem Zweifel, daß die Thatsache, daß der Ersitzer bei dem Erwerbe des Eigenbesitzes nicht im guten Glauben war, eine Einredethatsache ist.[1]) Es läßt sich also mit dieser Begriffsbestimmung „spezifische, eigentümliche ꝛc. Entstehungsbedingungen eines Rechts" nur der Thatbestand der sogenannten allgemeinen Gegennorm (von den Bearbeitern unseres Themas als „allgemeine Erfordernisse der Entstehung eines Rechtes" bezeichnet) aus dem materiellen Klagegrunde ausscheiden aber nicht derjenige der sogenannten speziellen Gegennormen, indem das Nichtvorhandensein des Thatbestandes der speziellen Gegennormen ebenfalls zu den „spezifischen, eigentümlichen, unmittelbaren, wesentlichen Voraussetzungen" der Rechtsentstehung gehört.

Manche Vertreter[2]) der Beweislasttheorie von Regel und Ausnahme haben dem Begriff der regelmäßig ein Recht erzeugenden und ausnahmsweise ein solches hindernden Thatsachen eine feste Umgrenzung dadurch zu geben gesucht, daß sie die gesetzlichen Bestimmungen in Regelvorschriften und Ausnahmvorschriften unterschieden. Wenn wir aber nach einem Kriterium fragen dafür, was eine Regelvorschrift

---

[1]) § 937 Abs. 2 B. G.-B. (Gegennorm).

[2]) z. B. schon Unger a. a. O. S. 458 Anm. 25.

und was eine Ausnahmevorschrift sei, so gibt es nur ein einziges Kriterium in dieser Hinsicht, welches auch jene Bearbeiter unseres Themas, welche nach Regel- und Ausnahmevorschriften die Beweislast verteilen, wenn auch unbewußt angewendet haben, nämlich, daß Regel- und Ausnahmevorschrift bezüglich ihrer Rechtswirkung im Widerstreite stehen und daß der Thatbestand der Regelvorschrift weniger Thatbestandsmerkmale hat als derjenige der Ausnahmevorschrift.[1]) Fitting[2]), der neueste Vertreter der Theorie von Regel und Ausnahme, gibt denn auch als Hauptmerkmal eines Regelfalles an, daß der Regelfall immer eines oder einige Thatbestandsmerkmale weniger habe als der Ausnahmefall.

Das Resultat, zu welchen wir bei dieser Untersuchung der praktischen Durchführbarkeit der Theorie von Regel und Ausnahme gelangen, ist folgendes: Soweit diese Theorie sich zur Feststellung der Begriffe der regelmäßig ein Recht erzeugenden und ausnahmsweise ein Recht hindernden Thatsachen darauf beruft, das jenes die dem Begriffe des speziellen Rechtes unmittelbar angehörenden eigentümlichen ꝛc. Entstehungsbedingungen seien, ist sie praktisch überhaupt nicht durchführbar.[3]) Soweit aber zu dem gleichen Zwecke die Vertreter dieser Theorie die gesetzlichen Vorschriften in Regel- und Ausnahmevorschriften scheiden und den Thatbestand einer Regel und bezw. einer Ausnahmevorschrift als die ein Recht regelmäßig erzeugenden bezw. ausnahmsweise hindernden Thatsachen bezeichnen, können sie das Beweislastprinzip

---

[1]) s. Betzinger a. a. O. S. 309.

[2]) a. a. 6. S. 51.

[3]) Das gleiche gilt von den in den Motiven der Civ.-Proz.-Ordg. (Mot. S. 1882) zum Ausdruck gekommenen Beweislastprinzip, wonach der prozessuale Klagegrund in denjenigen Thatsachen bestehen soll, „welche „an sich“ geeignet sind, den erhobenen Anspruch als in der Person des Klägers entstanden und zugleich als durch den Beklagten verletzt erscheinen zu lassen.“ s. Betzinger a. a. O. S. 308.

von Regel und Ausnahme nicht anders praktisch durchführen als das von uns vertretene Beweislastprinzip vom gesetzlichen Minimalthatbestande, indem sich der Charakter einer Vorschrift als Regel- oder Ausnahmevorschrift nach keinen anderen Gesichtspunkten bestimmen läßt als nach denen, nach welchen wir die allgemeine Norm von der Gegennorm scheiden, nämlich nur darnach, daß einerseits die Rechtswirkungen der allgemeinen und Gegennormen oder, was dasselbe ist, der Regelvorschrift und Ausnahmevorschrift im Widerstreite stehen, andererseis der Thatbestand der Gegennorm (Ausnahmevorschrift) mehr Thatbestandsmerkmale aufweist als derjenige der allgemeinen Norm (Regelvorschrift.)

II. Andere Schriftsteller[1]) stellen als Beweislastprinzip auf, der Kläger habe nur diejenigen Erfordernisse zu beweisen, welche als die äußeren Merkmale der Entstehung eines Rechtes erscheinen, während der Beklagte nur solche Thatsachen beweisen müsse, welche regelmäßig zu den äußeren Merkmalen nicht gehören.

Der Hauptvertreter dieser Richtung, Langenbeck, gibt eine nähere Definition dieser äußeren und inneren Erfordernisse der Rechtsentstehung; unter äußeren Merkmalen sind nach Langenbeck diejenigen Thatsachen zu verstehen, „aus welchen wir allein den Charakter eines Rechtsverhältnisses erkennen, welche uns zeigen, daß eine bestimmte Species des Rechtes unter den in concreto obwaltenden Umständen entstanden ist, die Thatsachen also, durch welche das bestimmte Recht in concreto in die Sinnenwelt tritt. Sie sind teils unmittelbar zu den Erfordernissen der Entstehung zu rechnen (z. B. Uebertragung einer Sache zum Eigentum) teils nur mittelbar, insofern nämlich auf sie manche vom Gesetz als Bedingungen der Rechtsentstehung bezeichnete Thatsachen idealer Natur behufs ihrer Erkennbarkeit zurückgeführt werden

---

[1]) Langenbeck a. a. O. S. 280 und 281; Burckhard a. a. O. S. 156.

müssen (z. B. der Wille, Eigentum zu übertragen, oder der Irrtum bei der cond. indeb., der dolus bei der actio doli). Beiden Arten gegenüber stehen solche Thatsachen, welche zwar in Ansehung der Entstehung des Rechtsverhältnisses oder Rechtes dieselbe Wichtigkeit haben wie jene, aber zur äußeren Erscheinung der Letzteren nichts beitragen (z. B. die Willensfähigkeit der Parteien, die Verkehrsfähigkeit einer Sache)."

Langenbeck will also, um mit seiner Unterscheidung zwischen äußeren und inneren Thatsachen der Entstehung eines Rechts in den Fällen, wo ohne Zweifel eine innere Thatsache, eine Thatsache idealer Natur, wie Langenbeck sich ausdrückt, zur Beweislast des Klägers gehört, wie z. B. der Irrtum bei der cond. indeb., der dolus bei der actio doli, nicht zu dem entgegengesetzten Resultate zu gelangen, von den inneren Thatsachen, welche zur äußeren Erscheinung der Rechtsentstehung nichts beitragen, wie z. B. die Willensfähigkeit, die Verkehrsfähigkeit, solche Thatsachen idealer Natur unterscheiden, welche äußerlich bei der Rechtsentstehung, wenn auch nicht unmittelbar, hervortreten, und bezeichnet als solche den Irrtum bei der cond. indeb., den dolus bei der actio doli u. A. Es liegt aber auf der Hand, daß diese letzteren Thatsachen idealer Natur ebensogut innere Thatsachen sind, d. h. ebensowenig zur äußeren Erscheinung der Rechtsentstehung beitragen wie die Thatsachen, welche Langenbeck allein als innere Thatsachen gelten lassen will, nämlich wie die Thatsache der Willensfähigkeit, der Verkehrsfähigkeit rc.; es tritt z. B. der Wille, Eigentum zu übertragen, welcher nach Langenbeck keine innere Thatsache ist, bei der Rechtsentstehung ebensowenig nach außen hervor, als die Willensfähigkeit; es wird äußerlich oft nicht hervortreten, ob durch die Uebergabe einer Sache das Eigentum, oder ein dingliches Recht oder nur der Gebrauch der Sache obligatorisch übertragen werden soll; andererseits kann auf die Geschäftsunfähigkeit eines Kontrahenten, z. B. wenn derselbe offenbar noch ein Kind oder ein offensichtlich Geistes-

kranker ist, bei der Rechtsentstehung durch äußerlich hervortretende Umstände geschlossen werden.

Will man eine Unterscheidung der den materiellen Klagegrund bildenden Thatsachen nach äußeren und inneren Merkmalen der Rechtsentstehung konsequent, nämlich in dem Sinne, daß zu den äußeren Thatbestandsmerkmalen jene gehören, welche bei der Entstehung des Rechtes in die äußere Erscheinung treten, und die übrigen zu den inneren zu rechnen sind, durchführen, so gelangt man zu einem nicht brauchbaren Resultat da, wo infolge Gesetzesvorschrift oder aus anderen Gründen eine innere Thatsache zweifellos zur Beweislast des Klägers gehört, wie z. B. der dolus bei der actio doli (§ 823 Abs. 1 B. G.-B.), die Kenntnis oder das Kennen-müssen im Falle des § 824 B. G.-B ꝛc.[1])

§ 13.

5. Die Erkennungsmerkmale der Ergänzungs- u. Gegennormen.

I. Die Erkennungsmerkmale der Ergänzungs- und Gegennormen im allgemeinen.

Wir können uns, um zum Zwecke der Entscheidung über die Beweislast zu beurteilen, ob die Rechtswirkung einer Norm derjenigen einer anderen entgegen oder parallel gerichtet, ob also die Norm im Verhältnis zu einer anderen eine Gegen- oder Ergänzungsnorm ist, lediglich an die Fassung der betr. Norm halten. Nach diesem Kriterium sind z. B. jene ziemlich häufigen Normen, welche bestimmen, daß eine an eine anderweitige Norm geknüpfte Rechtswirkung

---

[1]) s. a. Betzinger a. a. O. S 310. Richtig ist auch, was Reinhold a. a. O. S. 59 zu dieser Theorie bemerkt, daß sie nämlich nur auf die Frage Antwort gibt, was der Kläger zur Begründung seiner Klage und was der Beklagte einredeweise vorzubringen habe, nicht aber auf die Frage, was Gegenstand einer Einrede und was Gegenstand einer Replik sei.

nur zur Anwendung kommt, wenn gewisse weitere Thatsachen vorliegen, im Verhältnis zu jenen anderweitigen Normen Ergänzungsnormen[1])[2]); als Beispiel soll der § 569 B. G.-B. angeführt werden: „Stirbt der Mieter, so ist sowohl der Erbe als der Vermieter berechtigt, das Mietverhältnis unter Einhaltung der gesetzl. Frist zu kündigen. Die Kündigung kann nur für den ersten Termin erfolgen, für den sie zulässig ist.“ Nach dieser Fassung der Rechtswirkung der Norm des Satz 2 des angeführten Paragraphen: „Die Kündigung kann nur erfolgen,“ welche der Rechtswirkung der Norm des Satz 1 des angeführten Paragraphen parallel gerichtet ist, trifft die Beweislast bezüglich des Thatbestandes der Norm des Satz 2 denjenigen, welcher sich auf die Rechtswirkung der Norm des Satz 1 beruft; es muß also der Erbe des Mieters oder der Vermieter, welcher sich auf die Beendigung des Mietverhältnisses durch Kündigung im Falle des Todes des Mieters beruft, auch beweisen, daß die Kündigung für den ersten zulässigen Termin erfolgt ist. Wäre der Satz 2 des § 569 B. G.-B. in folgender Weise gefaßt: „Die Kündigung ist nicht zulässig, wenn sie für den ersten Termin, für den sie zulässig ist, nicht erfolgt“ dann wäre die fragliche Bestimmung eine Gegennorm, und es würde infolge dessen die Beweislast bezüglich ihres Thatbestandes, also daß die Kündigung nicht für den ersten zulässigen Termin erfolgt ist, den Gegner desjenigen, welcher sich auf die Beendigung des Mietverhältnisses durch Kündigung beruft, treffen.

Nachdem für die Beurteilung der Gegen- oder Parallel-

---

[1]) Anders dagegen in den unten sub II a. E. erörterten Fällen von Normen, welche aussprechen, daß die Rechtswirkung einer anderweitigen Norm bei Vorliegen gewisser weiterer Thatsachen nur dann Anwendung finden solle, wenn gewisse weitere Umstände gegeben sind.

[2]) Hierher gehören z. B. §§ 627 Abs. 2, 1001, 1066 Abs. 2, 1071 Abs. 1, 1077, 1281, 2265, 2272, 2274, 2275, 2276, 2284, 2290 Abs. 2.

wirkung einer Norm im Verhältnis zu einem anderen angegebenen Kriterium der Fassung sind ferner z. B. die Vorschriften des B. G.-B., in welchem für ein Rechtsgeschäft die Beobachtung einer bestimmten Form vorgeschrieben wird, sämmtliche Ergänzungsnormen; infolge dessen trifft die Beweislast bezüglich der Beobachtung der Form denjenigen, welcher sich auf das betreffende formbedürftige Rechtsgeschäft beruft: es trifft also den Käufer eines Grundstückes, welcher gegen den Verkäufer auf Abgabe der Auflassungserklärung vor dem Grundbuchamte klagt, die Beweislast darüber, daß der Kaufvertrag gerichtlich oder notariell beurkundet wurde, indem der § 313 B. G.-B.: „Ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstücke zu übertragen, bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung“ als Ergänzungsnorm gefaßt ist.

Wenn wir für die Beurteilung der Gegen- oder Parallelwirkung der Rechtswirkung einer Norm im Verhältnis zu derjenigen einer anderen als einziges Kriterium die Fassung aufstellen und damit die Frage der Beweislastverteilung nach der Fassung der Normen entscheiden, so liegt hiegegen der Einwand nahe, daß die Fassung der Normen in vielen Fällen auf Zufälligkeiten beruhe, und es doch nicht angehe, ein Zufälligkeiten unterworfenes Kriterium für die Frage der Beweislastverteilung aufzustellen. Allein wenn wir den Motiven nachgehen, welche den Gesetzgeber bewegen, die Rechtswirkung einer Norm als der einer anderen parallel oder entgegengerichtet zu fassen, so werden wir finden, daß von Zufälligkeiten bei der Fassung der Normen des bürgerlichen Gesetzbuches als Gegen- oder Ergänzungsnormen kaum die Rede sein kann. Bei einer großen Zahl von Gegen- und Ergänzungsnormen hat der Gesetzgeber nur eine einzige Rechtswirkung im Auge, entweder nur die gegen- oder nur die parallelwirkende, und er kann die betreffenden Vorschriften entsprechend dem Zwecke, welchem sie dienen sollen, nur mit der Gegen- bezw. nur mit der

Parallelwirkung im Verhältnis zu anderen Normen versehen, dieselben also nur als Gegen- bezw. nur als Ergänzungsnormen geben. Es kann z. B. die Bestimmung des § 362 B. G.-B.: „Das Schuldverhältniß erlischt, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird" nur in der Fassung einer Gegennorm gegeben werden, während andererseits die Vorschrift des § 398 S. 1 B. G.-B.: „Eine Forderung kann von dem Gläubiger durch Vertrag mit einem anderen auf diesen übertragen werden" nur als Ergänzungsnorm gefaßt werden kann. In diesen Fällen beruht also die Gegen- bezw. Parallelwirkung der Normen nicht auf Zufälligkeiten, sondern es ist immer nur eine Fassung entweder die der Gegen- oder die der Ergänzungsnorm möglich.

Daneben finden sich allerdings im Bürgerlichen Rechte zahlreiche Vorschriften, welche sich sowohl in der Fassung von Ergänzungsnormen als auch in der von Gegennormen geben ließen, indem der Gesetzgeber sowohl die Gegen- als die Parallelwirkung dieser Vorschriften im Verhältnis zu anderen im Auge hat. Es ließe sich z. B. die Vorschrift des § 518 B. G.-B.: „Zur Gültigkeit eines Vertrages, durch den eine Leistung schenkweise versprochen wird, ist die gerichtliche oder notarielle Beurkundung des Versprechens erforderlich" auch in folgender Fassung als Gegennorm geben: „Ein Schenkungsversprechen ist ungültig, wenn dasselbe nicht gerichtlich oder notariell beurkundet worden ist."[1])

[1]) In diesem Falle ist diese hier mögliche doppelte Rechtswirkung, also sowohl die Gegen- als die Parallelwirkung im Gesetze selbst in der Fassung zum Ausdrucke gelangt, indem neben den als Ergänzungsnormen gegebenen spezielle Formvorschriften noch die allgemeine Vorschrift des § 125 B.-G.-B. in Fassung einer Gegennorm besteht: „Ein Rechtsgeschäft, welches der durch das Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, ist nichtig." Für die Beweislast entscheidend ist jedoch nicht diese allgemeine Gegennorm, sondern die Fassung der speziellen Formvorschriften, die Fassung der Ergänzungsnorm, als der

Allein gerade in diesen Fällen, in welchen Zufälligkeiten bei der Fassung der Normen hätten Platz greifen können, wurde von den Verfassern des bürgerlichen Gesetzbuches den Normen mit Rücksicht auf die Beweislastverteilung im Sinne des von uns entwickelten Beweislastprinzipes die entsprechende Fassung gegeben.

Im B. G.-B. nämlich, dessen Verfassern das Beweislastprinzip von Regel und Ausnahme vorschwebte, wie unten § 14 näher ausgeführt werden wird, sind die an sich unklaren Begriffe der regelmäßig ein Recht erzeugenden und ausnahmsweise ein Recht hindernden Thatsachen in der Weise umgrenzt, daß Regel- und Ausnahmevorschriften geschaffen sind, deren Thatbestand mit diesen regelmäßig ein Recht erzeugenden und ausnahmsweise dasselbe hindernden Thatsachen identisch ist; zum Ausdrucke aber ist die Eigenschaft einer Vorschrift als Ausnahmevorschrift gegenüber einer Regelvorschrift immer in der Weise gebracht, daß die Rechtswirkung der Ausnahmevorschrift als im Widerspruch mit derjenigen der Regelvorschrift stehend gefaßt, daß also die Ausnahmevorschrift in der Fassung einer Gegennorm gegeben ist. Zu diesem Zwecke bedient sich das B. G.-B. insbesondere bei Fassung der Ausnahmevorschriften als Gegennormen der Wendungen: „Ausgenommen, ausgeschlossen, dies gilt nicht, diese Vorschrift findet keine Anwendung.[1]) Es ist also im B. G.-B. bei jenen Normen, bei welchen an sich sowohl die Fassung der Ergänzungs- als der Gegennorm möglich gewesen wäre, die Fassung der Gegennorm gewählt, um eine Ausnahmevorschrift zu geben d. h. um die Beweislast bezl. des

---

spezielleren Bestimmungen gegenüber der allgemeinen und überflüssigen Gegennorm des § 125 B. G.-B.

[1]) s. Planck Kom. a. a. O. I. S. 44. Nach den Prot. II. (matall.) S. 8813 ist durch einen mit „dies gilt nicht“ eingeleiteten Satz kenntlich gemacht, daß die Beweislast den Gegner desjenigen trifft, welcher sich auf die durch die Fassung „dies gilt nicht“ eingeleiteten Gegennorm aufgehobene allgemeine Norm beruft.

Thatbestandes dieser Normen (Ausnahmethatsachen) dem Gegner desjenigen, welcher sich auf die Regelvorschrift (allgemeine Norm) beruft, zuzuschieben. Im Folgenden sollen einige Beispiele solcher Normen gegeben werden, bezügl. welcher sowohl die Fassung als Ergänzungsnorm wie als Gegennorm möglich gewesen wäre, welche aber mit Rücksicht auf die Beweislastverteilung als Gegennormen gefaßt wurden.

1) Die Vorschrift des § 937 Abs. 2 B. G.-B.: „Die Ersitzung ist ausgeschlossen, wenn der Erwerber bei dem Erwerbe des Eigenbesitzes nicht im guten Glauben ist . . .“ hätte sich auch als Ergänzungsnorm vielleicht in folgender Fassung: „Das Eigentum wird durch Ersitzung nur erworben, wenn der Erwerber bei dem Erwerbe des Eigenbesitzes im guten Glauben ist . . .“ geben lassen. Es wurde aber, wie sich aus den Mot. III. S. 352 ergibt, die angegebene Fassung der Gegennorm: „Die Ersitzung ist ausgeschlossen, wenn ꝛc.“ gewählt, um die Vorschrift als Ausnahmevorschrift zu charakterisieren d. h. um die Beweislast dem Gegner desjenigen, der sich auf den Erwerb des Eigentums durch Ersitzung beruft, zuzuschieben.

2) Ferner ließe sich die Vorschrift des § 862 Abs. 2 B. G.-B.: „Der Anspruch (des Besitzers wegen Störung des Besitzes durch verbotene Eigenmacht nach § 862 Abs. 1 B. G.-B.) ist ausgeschlossen, wenn der Besitzer dem Störer oder dessen Rechtsvorgänger gegenüber fehlerhaft besitzt und der Besitz in dem letzten Jahre vor der Störung erlangt worden ist“ auch als Ergänzungsnorm geben. Sie ist aber mit Rücksicht auf die Beweislastverteilung, nämlich um die Beweislast bezügl. ihres Thatbestandes auf den Beklagten (Besitzstörer) zu übertragen (exc. vitiosae possessionis), wie sich aus den Mot. III S. 126 ergibt, als Gegennorm gefaßt, und zwar im Entw. I (§ 820 Abs. 2) in folgender Fassung: „Die Vorschriften des ersten Abs. finden keine Anwendung, wenn der Gestörte gegenüber dem Störer fehlerhaft inne hat,“ und im Entw. II (§ 784 Abs. 2)

ebenso wie im B. G.-B. in der Fassung: „Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn ꝛc.“

3) Es ließe sich, um ein letztes Beispiel zu geben, auch die Vorschrift des § 701 Abs. 1 S. 2 B. G.-B.: „Die Ersatzpflicht (des Gastwirtes wegen Beschädigung oder Verlustes eingebrachter Sachen der Gäste) tritt nicht ein, wenn der Schaden von dem Gaste . . . verursacht wird . . .“ in Fassung einer Ergänzungsnorm geben. Aus den Motiven Bd. II S. 586 ergibt sich, daß die Beweislast darüber, daß der Schaden von dem Gaste verursacht wurde ꝛc. den Beklagten (Gastwirt) treffen soll und daß dies im Entw. I (§ 626 Abs. 1) durch die Fassung: „Es sei denn, daß der Schaden von dem Gaste verursacht ꝛc.,“ also durch eine stillschweigende Gegennorm[1]) kenntlich gemacht wurde. Diese stillschweigende Gegennorm wurde im Entw. II (§ 641 Abs. 1 S. 2) durch eine ausdrückliche Gegennorm: „Die Schadensersatzpflicht tritt nicht ein, wenn ꝛc.“ ersetzt, in welcher Fassung die fragliche Bestimmung in das B. G.-B. übergegangen ist. Es ist also auch hier die Fassung der Gegennorm gewählt, um die Beweislast bezügl. ihres Thatbestandes dem Gegner desjenigen, welcher sich auf die allgemeine Norm des § 707 Abs. 1 S. 1 B. G.-B. beruft, nämlich dem Beklagten (Gastwirt), zuzuschieben.

Aus den vorstehenden Beispielen, welche sich beliebig vermehren ließen, mag die Richtigkeit der obigen Behauptung erhellen, daß unser in der Fassung der Normen gegründetes Kriterium der Beweislastverteilung auch in jenen Fällen von Zufälligkeiten in der Fassung der Normen unabhängig ist, wo an sich die betreffenden Vorschriften sowohl als Ergänzungs- als auch als Gegennormen hätten gefaßt werden können.

Regelmäßig hat es keine Schwierigkeit, nach dem Kriterium der Fassung den Charakter einer Norm als Gegen- oder Ergänzungsnorm festzustellen. In zweifelhaften Fällen

---

[1]) s. unten sub. II.

gibt es übrigens ein einfaches Mittel, um die Gegen- bezw. Parallelwirkung einer Norm klar zu legen; man braucht nur den Thatbestand der betr. Norm negativ zu fassen; je nachdem dann ihre Rechtswirkung mit derjenigen der Norm, zu welcher ihr Verhältnis als Ergänzungs- oder Gegennorm ermittelt werden soll, im Widerspruche steht oder nicht, haben wir eine Ergänzungs- bezw. Gegennorm vor uns; wenn wir z. B. den Thatbestand der Norm des § 766 B. G.-B.: „Zur Gültigkeit des Bürgschaftsvertrags ist schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung erforderlich“ negativ fassen, also annehmen, daß die Schriftform nicht beobachtet worden sei, so ergibt sich als Rechtswirkung für diesen Fall die Ungültigkeit des Bürgschaftsvertrags und damit diese Rechtswirkung als im Widerspruch stehend mit der des § 765 B. G.-B.: „Durch den Bürgschaftsvertrag verpflichtet sich der Bürger . . . 2c.“ Die Formvorschrift des § 766 des B. G.-B. ist darnach eine Ergänzungsnorm.

II. Die Erkennungsmerkmale der stillschweigenden Gegennormen insbesondere.

Bevor wir auf die Erkennungsmerkmale der stillschweigenden Gegennormen eingehen, muß voraus geschickt werden, daß die stillschweigenden Gegennormen in zwei Gruppen zerfallen; in vielen Fällen beruht die Gegenwirkung derselben gegenüber der Rechtswirkung der Normen, als deren Thatbestandsmerkmale sie äußerlich erscheinen, auf der Fassung; in anderen Fällen ergibt sich die Gegenwirkung von Normthatbestandsmerkmalen aus ihrem Inhalte, indem häufig den einzelnen Thatbestandsmerkmalen eines äußerlich als eine einheitliche Norm erscheinenden Rechtssatzes nach ihrem Inhalte einander entgegenwirkende Rechtswirkungen zukommen; es bilden z. B. die beiden Thatbestandsmerkmale: „Minderjähriger“ und „Einwilligung des gesetzlichen Vertreters“ des äußerlich als einheitliche Norm erscheinenden § 107 B. G.-B.: „Der Minderjährige

bedarf zu einer Willenserklärung, durch die er nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters" je den Kern je einer stillschweigenden Gegennorm, indem jedem der erwähnten beiden Thatbestandsmerkmale nach ihrem Inhalte eine besondere mit der Rechtswirkung des anderen Thatbestandsmerkmales im Widerstreite stehende Rechtswirkung zukommt. Der § 107 B. G.-B. zerlegt sich inhaltlich in zwei Gegennormen: 1. „Die Willenserklärung eines Minderjährigen, durch welche er nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, ist nichtig."

2. „Die Willenserklärung ist gültig, wenn die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters vorliegt."

A.) Im folgenden sollen zunächst die Fälle jener stillschweigenden Gegennormen angeführt werden, deren Charakter als solche durch die Fassung der betreffenden Normthatbestandsmerkmale kenntlich gemacht ist.

1.) Alle Normthatbestandsmerkmale, welche in einen mit „es sei denn, daß" eingeleiteten Satz gefaßt sind, bilden den Kern von stillschweigenden Gegennormen; ihr Charakter als solche ist eben durch diese Fassung „es sei denn, daß" kenntlich gemacht. Es trifft also z. B. im Falle des § 793 B. G.-B. denjenigen, welcher eine Schuldverschreibung auf den Inhaber ausgestellt hat, die Beweislast darüber, daß der Inhaber der Schuldverschreibung zur Verfügung über die Urkunde nicht berechtigt ist; nach § 793 nämlich kann der Inhaber einer Schuldverschreibung au porteur von dem Aussteller die Leistung nach Maßgabe der Schuldverschreibung verlangen, „es sei denn, daß er zur Verfügung über die Urkunde nicht berechtigt ist[1])."

Bereits im Entw. I wurde diese Fassung „es sei denn, daß" angewendet, um eine Ausnahmevorschrift zu geben,

[1]) Ebenso z. B. in §§ 4 Abs. 2, 145, 153, 273 Abs. 2, 405, 406, 407, 793, 817, 848, 851, 1156; s. Planck, Kom. z. B. G.-B. I. S. 44.

d. h. um die Beweislast auf den Gegner desjenigen, welcher sich auf die betreffende Norm, als deren Thatbestandsmerkmal der mit „es sei denn, daß“ eingeleitete Satz erscheint, beruft, zu übertragen; es wurde z. B. diese Fassung im Entw. I § 626 Abs. 1: „Es sei denn, daß der Schaden von dem Gaste verursacht . . . ist“ angewendet, um, wie sich aus den Mot. II S. 586 ergibt, die Beweislast bezüglich dieses Thatbestandsmerkmals auf den Gegner desjenigen, welcher sich auf die Norm des § 626 Abs. 1 Entw. I (auf den wegen Beschädigung oder wegen Verlustes von eingebrachten Sachen der Gäste beklagten Gastwirt) zu übertragen; im Entw. II § 641 S. 2 und im B. G.-B. § 701 Abs. 1 S. 2 ist diese stillschweigende Gegennorm durch eine ausdrückliche Gegennorm ersetzt.

Aus den Prot. II (metall.) S. 8814 ergibt sich, daß diese Fassung, „es sei denn, daß“ besonders im Entw. II benutzt wurde, um die Beweislastverteilung in der angegebenen Art kenntlich zu machen. Der Charakter der mit „es sei denn, daß“ gefaßten Thatbestandsmerkmale als Gegennormen ergibt sich auch daraus, daß regelmäßig diese Fassung, „es sei denn, daß“ an die Stelle von Ausnahmevorschriften, nämlich von ausdrücklichen Gegennormen, in den früheren Entwürfen gesetzt wurde, und zwar lediglich aus redaktionellen Rücksichten, wobei also die Beweislast, welche bereits nach den in den früheren Entwürfen befindlichen ausdrücklichen Gegennormen den Gegner desjenigen, welcher sich auf die allgemeine Norm beruft, traf, die gleiche bleiben sollte; es hat z. B. der dem § 273 Abs. 2 B. G.-B. entsprechende § 235 Entw. I folgende Fassung: „Der zur Herausgabe eines Gegenstandes verpflichtete Schuldner ist zur Zurückbehaltung . . . . nicht berechtigt, wenn er zu dem Gegenstand durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung gelangt ist.“ Die Bestimmung ist also im Entw. I als ausdrückliche Gegennorm gefaßt und hat den Charakter einer Ausnahmevorschrift; im Entw. II

§ 230 und im B. G.-B. § 273 Abs. 2 steht sie als stillschweigende Gegennorm in der Fassung „es sei denn, daß“: „Wer zur Herausgabe eines Gegenstandes verpflichtet ist, hat das gleiche Recht (Zurückbehaltungsrecht), ... es sei denn, daß er den Gegenstand durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat.“ Ebenso war die in § 145 B. G.-B.: „Wer einen anderen die Schließung eines Vertrags anträgt, ist an den Antrag gebunden, es sei denn, daß er die Gebundenheit ausgeschlossen hat“ enthaltene stillschweigende Gegennorm („es sei denn, daß . . . .“) im Entw. I § 81 als ausdrückliche Gegennorm gegeben: „Der Antragende ist nicht gebunden, wenn die Gebundenheit ausdrücklich oder stillschweigend von ihm ausgeschlossen ist.“ Als letztes Beispiel der Umänderung einer ausdrücklichen Gegennorm in eine stillschweigende mit der Fassung „es sei denn, daß“ soll der § 743 Entw. I Ziff. 1 angeführt werden: „Die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn die Voraussetzung, unter welcher geleistet worden, von der Art ist, daß von dem Geber durch die Leistung gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstoßen worden ist.“ Diese Bestimmung ist zweifellos eine Ausnahmevorschrift, bezüglich deren Thatbestandes die Beweislast demjenigen zufällt, welcher sich auf ihre Rechtswirkung beruft, also dem Beklagten. Im Entw. II § 741 ist diese Ausnahmevorschrift durch eine stillschweigende Gegennorm mit der Fassung „es sei denn, daß“ ersetzt: „War der Zweck einer Leistung in der Art bestimmt, daß der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzl. Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hat, so ist der Empfänger zur Herausgabe verpflichtet, es sei denn, daß dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt.“ Im B. G.-B. endlich § 817 S. 2 findet sich die fragliche Bestimmung wieder in der Fassung einer ausdrücklichen Gegennorm: „Die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt.“

2) Nach den Prot. II (metall.) S. 8314 hat die II. Kom. in den Fällen, wo die Rechtswirkung einer Norm von einem negativen Thatbestandsmerkmal abhängig gemacht ist, durch die Stellung des Wortes „nicht" klarzulegen gesucht, daß die Beweislast bezügl. dieses negativen Thatbestandsmerkmals nicht denjenigen, welcher sich auf die betr. Norm beruft, sondern dessen Gegner trifft. Wenn wir auf Grund dieser allgemeinen Andeutung die Umänderungen, welche die Bestimmungen des Entw. I und Entw. II bezügl. ihrer Fassung erfahren haben, verfolgen, so ergibt sich, daß in den mit den Worten „wenn, soweit, sofern, solange" eingeleiteten negativen Konditionalsätzen, um die Beweislastverteilung in der angegebenen Art anzudeuten, das Wort „nicht" entweder unmittelbar dem „wenn, soweit, sofern, solange" angereiht, oder, wo die deutsche Sprache eine derartige Satzbildung nicht zuließ, den dem „wenn, soweit, sofern, solange" folgenden Worten „sich, er, sie, es" angeschlossen wurde.

Es wurde z. B. der § 1258 Entw. I: „Wenn . . . . der eine Ehegatte bei der Eheschließung die Nichtigkeit nicht gekannt . . . hat, der andere Ehegatte aber die Nichtigkeit bei der Eheschließung gekannt hat, so hat der erstere ꝛc." im Entw. II § 1237 in der Weise umgeändert, daß das „nicht" unmittelbar hinter das Wort „sofern" gesetzt wurde; die betr. Bestimmung lautet im Entw. II § 1237: „War dem einen Ehegatten die Nichtigkeit der Ehe bei der Eheschließung bekannt, so hat der andere Ehegatte, sofern nicht auch ihm die Nichtigkeit bekannt war, ꝛc." In dieser Fassung ist die Bestimmung in das B.G.=B. § 1345 übergegangen. Ebenso finden wir den § 716 Entw. II: „Hat sich der Bürge für eine bestehende Verbindlichkeit auf bestimmte Zeit verbürgt, so wird er frei, wenn der Gläubiger nicht . . . . die Einziehung der Forderung . . . . betreibt ꝛc." im Entw. III § 761 und im B.G.=B. § 777 in der Veränderung, daß das „nicht" unmittelbar hinter das Wort

„wenn“ gesetzt wurde: „. . . . wenn nicht der Gläubiger die Einziehung der Forderung . . . . betreibt ꝛc.“ In gleicher Weise endlich wurde der § 149 Entw. II: „Ein Vertreter kann, soweit ihm nicht ein anderes gestattet ist, ꝛc.“ im Entw. III § 177 (B.G.=B. § 181) umgeändert: „Ein Vertreter kann, soweit nicht ein anderes ihm gestattet ist, ꝛc.“ Zuweilen trat auch diese Fassung „wenn nicht“ ꝛc. an die Stelle einer ausdrücklichen oder einer in anderer Fassung gegebenen stillschweigenden Gegennorm; so ist z. B. die stillschweigende Gegennorm des § 307 Entw. II: „es sei denn, daß die geschuldete Leistung in einem Unterlassen besteht“ im Entw. III § 307 und im B.G.=B. § 358 in der Fassung „sofern nicht die geschuldete Leistung in einem Unterlassen besteht“ gegeben.

Als Beispiel für jene Fassungsumänderungen, welche dahin gehen, daß das „Nicht“ zwar nicht unmittelbar den Worten „wenn, soweit, sofern, solange“ angeschlossen wurde, aber einem dem „wenn ꝛc.“ folgenden „sich, er, sie, es“, soll der § 168 B.G.=B. S. 2 angeführt werden; der dieser Bestimmung entsprechende § 138 Abs. 1 S. 2 Entw. II lautet: „Sofern sich aus diesem Verhältnisse nicht ein anderes ergibt, ist die Vollmacht auch bei dem Fortbestehen des Verhältnisses widerruflich“; im Entw. III § 164 S. 2 und im B.G.=B. ist diese Bestimmung in der Weise umgeändert, daß das Wort „nicht“ unmittelbar hinter das Wort „sich“ gesetzt wurde: „Die Vollmacht ist auch bei dem Fortbestehen des Rechtsverhältnisses widerruflich, sofern sich nicht aus diesem ein anderes ergibt.“ Der § 1166 Entw. I S. 2 ferner: „In anderen Fällen kann der besser berechtigte Pfandgläubiger, sofern er den Verkauf nicht selbst betreiben will, dem Verkaufe des Pfandes . . . . nicht widersprechen“ hat im Entw. II § 1139 S. 2 und im B.G.=B. § 1232 S. 2 folgende Fassung: „Ist er nicht im Besitze des Pfandes, so kann er, sofern er nicht selbst den Verkauf betreibt, dem Verkaufe . . . . nicht widersprechen.“ Ebenso

wurde die Fassung des § 1393 Abs. 1 Entw. II im § 1468 Abs. 1 Entw. III (B.G.-B. § 1485) und die Fassung des § 1525 Ziff. 5 Entw. I im § 1545 Entw. II (B.G.-B. § 1654) in der Weise umgeändert, daß dort das „nicht“ unmittelbar hinter das Wort „es“ und hier unmittelbar hinter das Wort „sie“ gesetzt wurde.

Wir kommen darnach zu folgenden weiteren Klassen von stillschweigenden Gegennormen, deren Charakter als solche in der Fassung der betr. Normthatbestandsmerkmale begründet ist.

a) Alle Normthatbestandsmerkmale, welche in einen mit den Worten „wenn nicht, sofern nicht, soweit nicht, solange nicht“ eingeleiteten Konditionalsatz gefaßt sind,[1]) bilden den Kern von stillschweigenden Gegennormen; wenn also nach § 370 B.G.-B. der Ueberbringer einer Quittung als ermächtigt gilt, die Leistung zu empfangen, „sofern nicht die dem Leistenden bekannten Umstände der Annahme einer solchen Ermächtigung entgegenstehen“, so ist durch diese Fassung „sofern nicht“ kenntlich gemacht, daß den Gläubiger die Beweislast darüber trifft, daß dem Schuldner Umstände bekannt gewesen sind, welche die Annahme der Ermächtigung des Ueberbringers der Quittung zum Empfang der Leistung ausschlossen.[2])

Diese Ausdrucksweise „wenn nicht“ 2c. ist im B.G.-B. benutzt, um die Beweislast in den Fällen auszudrücken, wo die Entstehung oder der Ausschluß eines Rechtes davon abhängt, daß innerhalb einer bestimmten Frist etwas nicht geschieht, daß insbesondere innerhalb einer bestimmten Frist eine Leistung oder Erklärung nicht erfolgt; in diesen Fällen ist durch die Fassung „wenn nicht“ 2c. kenntlich gemacht, daß denjenigen, welcher sich auf die Entstehung oder den Ausschluß des Rechtes beruft, nur die Beweislast darüber

---

[1]) s. Planck, Kom. z. B.G.-B. I S. 45.

[2]) Ebenso in §§ 18 Abs. 2, 181, 184, 273 Abs. 1, 345, 477 Abs. 1 u. s. w.

trifft, daß die Frist (Präklusivfrist) abgelaufen ist, während die Beweislast in der Richtung, daß innerhalb der Frist die Leistung erfolgt ist oder die Erklärung abgegeben wurde, dem Gegner zufällt. Es kann z. B. nach § 283 B. G.-B. der Gläubiger nach Ablauf einer von ihm dem rechtskräftig verurteilten Schuldner zur Bewirkung der Leistung mit der Erklärung, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne, gestellten Frist Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, „soweit nicht die Leistung rechtzeitig bewirkt wird"; durch diese Fassung „soweit nicht" ist angedeutet, daß den Gläubiger die Beweislast nur darüber trifft, daß er dem Schuldner zur Bewirkung der Leistung, zu welcher der Letztere rechtskräftig verurteilt ist, eine angemessene Frist mit der angegebenen Erklärung bestimmt habe, nnd daß diese Frist abgelaufen sei; der Schuldner muß dagegen beweisen, daß er die Leistung innerhalb der Frist an den Gläubiger gemacht habe.[2])

Die Umänderung der Fassung zu dem Zwecke, um die Beweislastverteilung in der angegebenen Art anzudeuten, nämlich die Stellung des Wortes „nicht" unmittelbar hinter das Wort „wenn, sofern 2c." ist in fast allen hierher gehörigen Fällen erst im Entw. III erfolgt; ein einziges Beispiel mag hier genügen; der § 283 B.-G.-B. lautet im Entw. II § 239 folgendermaßen: „Ist der Schuldner rechtskräftig verurteilt, so kann der Gläubiger ihm zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist . . . . bestimmen; soweit die Leistung beim Ablaufe der Frist nicht bewirkt ist, kann der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen." Im Entw. III § 277 wurde das „nicht" unmittelbar hinter das „soweit" gestellt, und damit die Beweislastverteilung in der angegebenen Art kenntlich gemacht: „Ist der Schuldner rechtskräftig verurteilt . . . . ; nach dem Ablaufe der Frist kann der Gläubiger Schadensersatz

[2]) Ebenso in §§ 250, 264 Abs. 2, 283, 325 Abs. 2, 326, 354, 355, 382 u. s. w.; ferner s. Planck Kom. z. B.G.-B. I S. 45

wegen Nichterfüllung verlangen, soweit nicht die Leistung rechtzeitig bewirkt wird."

Fast überall, wo im B.-G.-B. derartige Präklusivfristen vorkommen, ist die Beweislastverteilung in dieser Weise durch die Fassung angedeutet. Bei einigen Bestimmungen, in welchen es sich ebenfalls um Präklusivfristen in dem Sinne handelt, daß die Entstehung oder der Ausschluß eines Rechtes davon abhängt, daß innerhalb einer bestimmten Frist eine Erklärung abgegeben wird, findet sich eine abweichende Fassung z. B. in den §§ 215, 568, 976, 1965; diese Bestimmungen wurden mit Rücksicht auf die Beweislastverteilung abgeändert; aber die regelmäßig angewendete Fassung, wie sie oben beschrieben ist, ist hier nicht zum Ausdrucke gelangt. So wurde der dem § 215 B. G.-B. entsprechende § 181 Entw. II S. 2: „Die Unterbrechung (der Verjährung durch Aufrechnung im Prozesse oder Streitverkündung) gilt als nicht erfolgt, wenn der Berechtigte nicht binnen sechs Monaten nach Beendigung des Prozesses Klage . . . . erhebt" im Entw. II § 210 in der Weise abgeändert, daß das Wort „nicht" unmittelbar hinter das Wort „wenn" gestellt wurde, in welcher Fassung diese Bestimmung auch in das B. G.-B. übergegangen ist. Aber die Fassung ist auch jetzt noch nicht genau. Doch war wohl keine andere Regelung der Beweislast als in den obigen Fällen, wo durch die Fassung die Andeutung der Beweislastverteilung in der angegebenen Art vollkommen gelungen ist, beabsichtigt.[1]) Es trifft also im Falle des § 215 B. G.-B. denjenigen, welcher sich darauf beruft, daß die Unterbrechung der Verjährung (infolge Aufrechnung im Prozesse oder Streitverkündung) nicht erfolgt sei, die Beweislast darüber, daß die Präklusivfrist von sechs Monaten abgelaufen ist, während dem Gegner die Beweislast darüber zufällt, daß innerhalb dieser Frist Klage auf Befriedigung oder Feststellung erhoben wurde.

[1]) s. Planck a. a. O. I S. 263.

In anderen Fällen z. B. in §§ 108 Abs. 2, 177, 415 Abs. 2, 1396, 1829 Abs. 2 ist es ebenfalls nicht gelungen, durch die Fassung die Beweislastverteilung bei diesen Präklusivfristen in der angegebenen Art zum Ausdruck zu bringen, obwohl mit Rücksicht hierauf die Fassung dieser Bestimmungen geändert wurde. So lautet z. B. der dem § 108 Abs. 2 B.G.-B. entsprechende § 82 Entw. II: „Der Verweigerung (nämlich der Genehmigung eines von einem Minderjährigen abgeschlossenen Vertrages durch den gesetzlichen Vertreter) steht es gleich, wenn der Vertreter nach Empfang einer Aufforderung des anderen Teils nicht binnen 2 Wochen die Genehmigung erteilt." Diese Bestimmung wurde mit Rücksicht auf die Beweislastverteilung im Entw. III § 104 in nachstehender Weise abgeändert. „Die Genehmigung kann nur bis zum Ablaufe von 2 Wochen nach Empfang der Aufforderung erklärt werden; wird sie nicht erklärt, so gilt sie als verweigert;" in dieser Fassung ist sie in das B. G.B. übergegangen. Es sollte zweifellos durch diese Umänderung der Fassung die Beweislast dahin normirt werden, daß derjenige, welcher sich darauf beruft daß die Genehmigung als verweigert gelte, nur die Aufforderung des gesetzlichen Vertreters, sich darüber zu erklären, ob er den Vertrag genehmige (§ 108 Abs. 2 S. 1 B. G.-B.), sowie den Ablauf der 2 wöchigen Frist seit Empfang dieser Aufforderung beweisen muß, während dem Gegner die Beweislast darüber zufällt, daß die Genehmigung innerhalb dieser Frist erfolgt ist.[1]

Der Gedanke, welcher der geschilderten Beweislastverteilung in allen den vorangeführten Fällen zu Grunde liegt, ist der, den schwierigen Beweis, daß eine Leistung oder eine Erklärung nicht erfolgt sei, zu umgehen. Diese ratio legis trifft überall da zu, wo eine Rechtswirkung davon abhängig gemacht ist, daß innerhalb einer bestimmten Frist eine Leistung nicht erfolgt oder eine Erklärung nicht

[1]) Planck a. a. O. I S. 47.

abgegeben wird. In allen diesen Fällen, also auch dann, wenn die Beweislastverteilung in der geschilderten Weise durch die Fassung der betreffenden Normen nicht zum Ausdruck gelangt ist, sind wir per analogiam berechtigt, die Beweislast dahin zu bestimmen, daß derjenige, welcher sich auf die Rechtswirkung beruft, nur den Ablauf der Frist beweisen muß, während dem Gegner der Beweis obliegt, daß innerhalb der Frist die Erklärung abgegeben wurde oder die Leistung erfolgt ist; es trifft daher z. B. im Falle des § 124 B. G.-B. den Gegner desjenigen, welcher eine Willenserklärung wegen Täuschung oder Drohung anficht, die Beislast, daß seit dem Zeitpunkt, in welchem der Anfechtungsberechtigte die Täuschung entdeckt hat, beziehungsweise seit dem Zeitpunkt, in welchem die durch die Drohung herbeigeführte Zwangslage aufhörte, die Frist eines Jahres abgelaufen ist, während der Anfechtungsberechtigte beweisen muß, daß er die Anfechtung innerhalb dieser Frist dem Gegner erklärt hat.

b) Auch jene negativen Konditionalsätze bilden den Kern von stillschweigenden Gegennormen, in welchen zwar das Wort „nicht" nicht unmittelbar hinter dem „wenn, sofern, soweit, solange" steht, aber nur durch eines der Worte „sich, er, sie, es" davon getrennt ist;[1]) nach § 168 ist z. B. die Vollmacht auch bei dem Fortbestehen des ihrer Erteilung zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses widerruflich, sofern sich nicht aus diesem ein anderes ergibt; es trifft nach dieser Fassung „sofern sich nicht" denjenigen, welcher sich auf die Unwiderruflichkeit der Vollmacht beruft, die Beweislast, das sich aus dem der Vollmacht zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse ein Anderes ergibt (daß z. B. darnach die Vollmacht im Interesse des Bevollmächtigten erteilt wurde.[2])

[1]) Planck a. a. O. I S. 46.

[2]) Ebenso in §§ 460, 485, 803 Abs. 1, 1273, 1377 Abs. 2, 1485 Abs. 1, 1654 B. G.-B. u. s. w.

3) Die dispositiven Gegennormen. Es wurde oben § 9 der Satz aufgestellt, daß sich gegen die dispositiven Normen und Auslegungsregeln stillschweigende Gegennormen des Inhalts richten, daß die Anwendung der dispositiven Normen und Auslegungsregeln ausgeschlossen ist, wenn die Parteien etwas anderes vereinbart haben, bezw. wenn sich ein anderer Wille der Parteien ergibt. In folgendem soll hiefür der Beweis erbracht werden, nämlich daß die Beweislast darüber, daß die Parteien etwas anderes vereinbart haben, bezw. daß sich ein anderer Parteiwille ergibt, dem Gegner desjenigen, welcher sich auf die dispositive Norm bezw. auf die Auslegungsregel beruft, trifft.

Soweit die Dispositivqualität einer Norm durch den Zusatz „wenn, soweit, sofern nicht ein anderes bestimmt oder vereinbart worden ist“[1]) zum Ausdrucke gebracht ist, ist eben durch diese Fassung, wie oben sub 2[2]) a) ausgeführt wurde, dieses Normthatbestandsmerkmal „wenn rc. nicht ein anderes bestimmt oder vereinbart worden ist“ als stillschweigende Gegennorm kenntlich gemacht und damit die Beweislastverteilung in der angegebenen Weise angedeutet; wenn also z. B. in § 184 Abs. 1 B. G.-B. bestimmt ist, daß die Genehmigung auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäftes zurückwirkt, „soweit nicht ein anderes bestimmt ist“, so ist durch diese Fassung „soweit nicht“ rc. die Beweislast in der Weise verteilt, daß der Gegner desjenigen, welcher sich auf die Rückwirkung der Genehmigung beruft, beweisen muß, daß etwas anderes vereinbart wurde.

In anderen Fällen z. B. §§ 564, 595, 604 Abs. 2, 706 Abs. 1, 731 B. G.-B. ist ebenfalls die Eigenschaft der dispositiven Normen als solche ausdrücklich hervorgehoben, aber nicht durch einen Zusatz, welcher sich nach seiner Fassung als stillschweigende Gegennorm erweist, wie dies bei den im

---

[1]) s. o. S. 63 ff.

[2]) z. B. in §§ 24, 41, 48, 89, 101, 103, 152, 181, 184, 246, 276, 426, 430, 514, 608, 799 rc. B. G.-B.

vorstehendenden angeführten Bestimmungen der Fall ist: es haben z. B. nach § 706 Abs. 1 die Gesellschafter gleiche Beiträge zu leisten in Ermangelung einer anderweitigen Vereinbarung; es ist ferner in § 564 Abs. 2 die Dispositivqualität dieser Bestimmung in folgender Fassung zum Ausdrucke gelangt: „Ist die Mietzeit nicht bestimmt, so kann jeder Teil . . . .“ Es lassen sich diese Fälle dispositiver Normen hinsichtlich der Beweislastverteilung nicht anders behandeln als die anderen, in welchen durch die Fassung „wenn nicht ꝛc. ein anderes bestimmt oder vereinbart ist“ die Beweislastverteilung in der angegebenen Art außer Zweifel gestellt ist. Das Gleiche gilt von den zahlreichen dispositiven Normen, deren Eigenschaft als solche im Gesetze überhaupt nicht ausdrücklich hervorgehoben ist. Es kann nicht bezweifelt werden, daß das B. G.-B. bezügl. der Beweislastverteilung bei dispositiven Normen auf dem Standpunkte steht, daß dem Gegner desjenigen, welcher sich auf die dispositive Norm beruft, die Beweislast zufällt, daß von den Parteien etwas anderes vereinbart wurde, indem das B. G.-B. diesen Standpunkt in den zahlreichen mit „wenn nicht ꝛc. ein anderes bestimmt oder vereinbart ist“ gefaßten dispositiven Normen zur Genüge gekennzeichnet hat.

Hinsichtlich der sog. Auslegungsregeln ergibt sich die gleiche Beweislastverteilung ohne weiteres da, wo sie durch die Zusätze „wenn oder sofern sich nicht ein anderes ergibt[1]), soweit nicht ein anderer Wille anzunehmen ist“[2]) zum Ausdrucke gebracht sind, indem diese Fassungen, wie oben sub 2. a) und b) ausgeführt wurde, stillschweigende Gegennormen involvieren; wenn also z. B. nach § 520 B. G.-B. die Verbindlichkeit aus einem Schenkungsversprechen, welches eine in wiederkehrenden Leistungen bestehende Unterstützung zum Gegenstande hat, mit dem Tode des Schenkers erlischt,

---

[1]) z. B. §§ 82, 520, 699 Abs. 2, 1357 Abs. 1.

[2]) z. B. §§ 127, 139, 153, 335, 2086, 2108 Abs. 2, 2161, 2188, 2208 Abs. 2, 2209 Abs. 3.

„sofern nicht aus dem Versprechen ein anderes sich ergibt“, so ist durch diese Fassung „sofern nicht 2c.“ die Beweislast dahin kenntlich gemacht, daß der Gegner desjenigen, welcher sich auf das Erlöschen einer derartigen Verbindlichkeit beruft, beweisen muß, daß sich ein abweichender Wille der Parteien aus den näheren Umständen ergibt.

Regelmäßig bedient sich aber das B. G.-B., um die Eigenschaft einer Norm als Auslegungsregel auszudrücken, nicht der im vorstehenden angeführten Fassungen, sondern der Worte „im Zweifel“[1]); auch andere Fassungen gebraucht es zu diesem Zwecke, z. B. in den §§ 269 Abs. 1, 271 Abs. 1 die Wendung: „Ist ein Ort für die Leistung weder bestimmt noch aus den Umständen, insbesondere aus der Natur des Schuldverhältnisses, zu entnehmen, so hat 2c.“. Ob die eine oder die andere Fassung angewendet ist, beruht auf Zufälligkeiten; hinsichtlich der Beweislastverteilung können wir die in der zuletzt erwähnten Fassung gegebenen Auslegungsregeln nicht anders behandeln, als jene, bei welchen durch die Fassung „wenn oder sofern sich nicht ein anderes ergibt“, „soweit nicht ein anderer Wille anzunehmen ist“ außer Zweifel gestellt ist, daß die Beweislast den Gegner desjenigen, welcher sich auf die Auslegungsregel beruft, trifft. Daß das B. G.-B. bezügl. der Beweislastverteilung bei Auslegungsregeln auf dem angegebenen Standpunkte steht, hat es zur Genüge dadurch zum Ausdruck gebracht, daß es in einer Reihe von Fällen die Beweislastverteilung in der angegebenen Weise durch die Fassung kenntlich macht.[2])

B. Wir kommen zu den Fällen inhaltlicher Gegenwirkung; wie schon Eingangs dieser Erörterungen angedeutet wurde, sprechen wir von inhaltlicher Gegenwirkung nur dann, wenn die Eigenschaft eines Normbestandsmerkmals als Gegennorm

---

[1]) z. B. §§ 30, 154, 314, 672, 1025, 1096, 1301.

[2]) Hüppner, im sächs. Archiv für bürgerl. Recht und Proz. Bd. I S. 653 u. 654 ist bezügl. der Auslegungsregeln für das gemeine Recht und Handelsrecht anderer M.

sich nicht aus seiner Fassung, wie in den ebenangeführten Fällen, sondern aus seinem Inhalte ergibt, wenn nämlich nach dem Inhalte eines Normthatbestandsmerkmals demselben eine Rechtswirkung zukommt, welche mit derjenigen anderer Thatbestandsmerkmale der gleichen Norm im Widerspruche steht. Es zerlegt sich z. B. die Bestimmung des § 158 Abs. 1 B. G.-B.: „Wird ein Rechtsgeschäft unter einer aufschiebenden Bedingung vorgenommen, so tritt die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung mit dem Eintritt der Bedingung ein" in folgende zwei Gegennormen, indem ihren beiden Thatbestandsmerkmalen „aufschiebende Bedingung" und „Eintritt der Bedingung" sich widersprechende Rechtswirkungen zukommen:

1. „Wird ein Rechtsgeschäft unter einer aufschiebenden Bedingung vorgenommen, so tritt die Rechtswirkung desselben nicht ein;"

2. „Mit dem Eintritte der Bedingung tritt die Rechtswirkung ein."

Die Fälle solcher inhaltlichen Gegenwirkung sind unschwer zu erkennen;[1]) eine im B. G.-B. besonders häufige Ausdrucksweise, bei welcher verschiedene Normthatbestandsmerkmale, welchen sich widerstreitende Rechtswirkungen zukommen, in einem äußerlich als eine einheitliche Norm erscheinenden Rechtssatz zusammengefaßt werden, muß hier besonders hervorgehoben werden; wir finden oft in einer Norm ausgesprochen, daß eine Rechtswirkung für den Fall, daß bestimmte weitere Thatsachen vorliegen, nur dann eintreten solle, wenn gewisse sonstige Umstände gegeben sind; die beiden Thatbestandsmerkmale solcher Normen, also „daß bestimmte weitere Thatsachen vorliegen" und „wenn gewisse sonstige Umstände gegeben sind", bilden den Kern zweier

[1]) Es steht z. B. im § 674 B. G.-B. das Thatbestandsmerkmal, daß der Beauftragte von dem Erlöschen der Vollmacht Kenntnis erlangt oder das Erlöschen kennen muß, im Widerspruch mit dem anderen Thatbestandsmerkmal dieser Norm; ebenso §§ 729, 1682 u. a. B.-B.-G.

gegenseitig sich widerstrebenden Gegennormen. Als Beispiel soll der § 460 S. 2 B. G.-B. angeführt werden: „Ist dem Käufer ein Mangel der im § 459 Abs. 1 bezeichneten Art infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben, so haftet der Verkäufer, (sofern er nicht die Abwesenheit des Fehlers zugesichert hat) nur, wenn er den Fehler arglistig verschwiegen hat.“ Die beiden Thatbestandsmerkmale „ist dem Käufer ein Mangel .... unbekannt geblieben“ und „wenn er den Fehler arglistig verschwiegen hat“ stehen hinsichtlich ihrer Rechtswirkung unter sich im Widerspruch, indem dann, wenn das erste Thatbestandsmerkmal gegeben ist, die Haftung des Verkäufers für verborgene Fehler (§ 459 Abs. 1 B. G.-B.) ausgeschlossen ist, während sie für den Fall, daß das zweiterwähnte Thatbestandsmerkmal vorliegt, wieder statt hat. Es zerlegt sich also die angeführte Bestimmung des § 460 S. 2 B. G.-B. in folgende zwei Gegennormen: 1) „Wenn dem Käufer ein Mangel der in § 459 Abs. 1 bezeichneten Art infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist, so findet die im § 459 Abs. 1 normirte Haftung des Verkäufers nicht statt.“ 2) „Die Haftung des Verkäufers tritt wieder ein, wenn er den Fehler arglistig verschwiegen hat.“

Es trifft sonach den Verkäufer die Beweislast darüber, daß dem Käufer ein Mangel der in § 459 Abs. 1 bezeichneten Art infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist, während dem Käufer hiegegen der Beweis zufällt, daß der Verkäufer den Fehler arglistig verschwiegen hat.[1])

---

[1]) Ebenso in §§ 81 Abs. 2 S. 2, 123 Abs. 2, 127 Abs. 2, 179 Abs. 2, 238 Abs. 1, 255, 341 Abs. 3, 395, 415 Abs. 2 S. 2, 416 Abs. 1, 444, 772 B. G.-B. u. s. w.

§ 14.

6) Begründung unseres Beweislastprinzips im Bürgerlichen Gesetzbuche.

Wie aus den Motiven und Protokollen erhellt, standen die Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuches auf dem Standpunkt der Beweislasttheorie von Regel und Ausnahme.[1]) Wenn wir auf die im Vorstehenden gepflogenen Erörterungen zurückblicken, so gelangen wir zu dem Ergebnis, daß im Bürgerl. Gesetzbuch die ausnahmsweise die Entstehung eines Rechtes hindernden Thatsachen von jenen, welche regelmäßig ein Recht erzeugen, in doppelter Weise abgegrenzt sind; es wurden zu diesem Zwecke nämlich einmal selbstständige Rechtssätze, Ausnahmevorschriften, aufgestellt, deren gemeinsames Unterscheidungsmerkmal, wie sich aus den oben § 13 sub I angeführten Beispielen ergibt, gegenüber der Regelvorschrift darin besteht, daß ihre Rechtswirkung derjenigen der Regelvorschrift widerspricht. Durch die Fassung der Ausnahmevorschriften als Gegennorm also sind die Ausnahmethatsachen, welche mit dem Thatbestande dieser Gegennormen identisch sind, kenntlich gemacht und gegenüber den Regelthatsachen, welche sich mit dem Thatbestande der Regelvorschrift (der allgemeinen Norm) decken, abgegrenzt. Wo im B. G.-B. die Ausnahmethatsachen nicht in dieser Weise durch Normierung selbstständiger Rechtssätze in der Fassung

---

[1]) Nach § 194 Entw. I sollte die Beweislasttheorie von Regel und Ausnahme gesetzlich sanktionirt werden; von der II. Komm. wurde dieser § 194 Entw. I gestrichen, wie überhaupt alle Beweislastbestimmungen des 10. Abschn. des I. Buches des Entw. I, aber nicht etwa, weil sachliche Bedenken gegen ihn obwalteten, sondern weil man glaubte, daß durch Aufstellung solcher genereller Bestimmungen für die Frage der Beweislast nichts gewonnen werde (s. Prot. II — gedruckte — S. 259).

von Gegennormen gekennzeichnet, sondern im Thatbestande der Regelvorschrift belassen sind, ist durch die Fassung die Eigenschaft der betr. Normthatbestandsmerkmale als Ausnahmethatsachen, d. h. die Beweislast dahin angedeutet, daß sie bezüglich dieser Thatbestandsmerkmale den Gegner desjenigen, welcher sich auf die betr. Norm beruft, treffen soll.

Vergleichen wir nun mit diesem Verfahren, welches im Bürgerlichen Gesetzbuche beobachtet ist, um die Beweislastverteilung anzudeuten, unser in den §§ 8 und 11 oben entwickeltes Beweislastprinzip; dasselbe geht dahin, daß denjenigen, welcher sich auf die Rechtswirkung einer Norm beruft, die Beweislast bezüglich des Thatbestandes dieser Norm sowohl, wie desjenigen ihrer Ergänzungsnormen trifft, und zwar ohne Rücksicht, welcher Art die einzelnen den Normthatbestand bildenden Thatsachen sind, insbesondere ohne Rücksicht darauf, ob sie negative oder positive sind. In seinem ersten Teile, also daß denjenigen, welcher sich auf die Rechtswirkung einer Norm beruft, die Beweislast bezüglich des Thatbestandes dieser Norm trifft, findet unser Beweislastprinzip im Bürgerlichen Gesetzbuche seine Bestätigung dadurch, daß das Bürgerliche Gesetzbuch die Ausnahmevorschriften, bezüglich deren Thatbestandes die Beweislast nach dem von seinen Verfassern eingenommenen Standpunkte denjenigen treffen soll, welcher sich auf diese Ausnahmsvorschrift beruft, in der Fassung von Gegennormen gibt. Auf ihrer mit der der allgemeinen Norm (Regelvorschrift) im Widerspruch stehenden Rechtswirkung muß sich der Gegner desjenigen, welcher sich auf die letztere stützt, berufen; ihn trifft daher nach unserem Beweislastprinzip ebenso wie nach der von den Verfassern des Bürgerlichen Gesetzbuches adoptierten Beweislasttheorie von Regel und Ausnahme die Beweislast bezüglich ihres Thatbestandes (der Ausnahmethatsachen.) Der Unterschied zwischen unserem Beweislastprinzip und dem von den Verfassern des Bürgerlichen Gesetzbuches vertretenen liegt, indem die letzteren die Regel- und Ausnahmethatsachen

durch Schaffung von Regel- und Ausnahmevorschriften zu bestimmen suchen, nur im Ausdrucke. Es ist in unserem Beweislastprinzip der an sich nichtssagende Begriff der Regel- und Ausnahmevorschrift und der Regel- und Ausnahmethatsachen vermieden und durch den nach den angegebenen Gesichtspunkten unschwer bestimmbaren Begriff der Gegennorm und des Thatbestandes derselben ersetzt.

Auch der weitere Satz unseres Beweislastprinzips, daß denjenigen, welcher sich auf die Rechtswirkung einer Norm beruft, die Beweislast bezügl. des Thatbestandes jener in concr. in Betracht kommenden Normen, deren Rechtswirkung derjenigen der anderen Norm parallel gerichtet ist, also der Ergänzungsnormen, trifft, findet im B. G.-B. seine Bestätigung. Daraus nämlich, daß das B. G.-B., um die Beweislast auf den Gegner desjenigen, welcher sich auf eine anderweitige Norm (Regelvorschrift, allgemeine Norm) beruft, zu übertragen, der Ausnahmevorschrift eine im Widerspruch mit dieser anderweitigen Norm (der Regelvorschrift, der allgemeinen Norm) stehende Rechtswirkung gibt, also die Fassung der Gegennorm verwendet, erhellt mittels argum. e. contrario, daß in den Fällen, wo die Rechtswirkung einer Norm derjenigen einer anderen nicht widerstreitend, sondern derselben parallel gerichtet gefaßt ist, wo wir also keine Gegennorm und damit keine Ausnahmevorschrift, sondern eine Ergänzungsnorm vor uns haben, die Beweislast[1]) bei demjenigen, welcher sich auf die betr. anderweitige Norm beruft, bleiben soll.

Wenn endlich im B. G.-B. in einer Reihe von Fällen durch die Fassung eines Normthatbestandsmerkmals, insbesondere eines negativen, kenntlich gemacht ist, daß die Beweislast bezüglich dieses Normthatbestandsmerkmals den Gegner desjenigen, welcher sich auf die betr. Norm beruft, treffen soll — wir sprechen in diesen Fällen von stillschweigenden Gegennormen —, so ergibt sich hieraus gleich-

[1]) Bezügl. des Thatbestandes der Ergänzungsnorm.

falls mittels argum. e contrario, daß da, wo wir eine solche die Beweislastverteilung umstellende Fassung eines Normthatbestandsmerkmals, insbesondere eines negativen, nicht finden, die Beweislast bezügl. der Thatbestandsmerkmale einer Norm ohne Rücksicht darauf, welcher Art die einzelnen, insbesondere ohne Rücksicht darauf, ob sie negative oder positive sind, denjenigen treffen soll, welcher sich auf die Rechtswirkung der betreffenden Norm beruft;[1]) es findet dadurch der letzte Satz unseres Beweislastprinzips im B. G.-B. seine Bestätigung, daß die Art der den Thatbestand einer Norm bildenden Thatbestandsmerkmale, insbesondere ihre positive oder negative Qualität grundsätzlich für die Beweislastverteilung bedeutungslos ist.

§ 15.

7. Anspruchs- und Ergänzungsnormen in der Funktion von Gegennormen.

Verhältnis der Parteirolle zur Beweislastverteilung.

1. Auch Anspruchs- und Ergänzungsnormen können, wie wir oben § 9 a. E. ausgeführt haben, mit anderen Normen in Widerstreit geraten, d. h. die Anwendbarkeit anderer Normen ausschließen; die Beweislast trifft dann nach unserem allgemeinen Beweislastprinzip denjenigen, welcher sich auf ihre in diesen Fällen anderen Normen ent-

[1]) Natürlich soweit nicht aus für den konkreten Fall in Betracht kommenden Gründen z. B. im Falle des § 2018 (siehe hiezu Prot. II [metall.] S. 7828) sich ein Anderes ergibt; insbesondere ist per analogiam, wie wir oben § 13 ausgeführt haben, bezügl. zahlreicher Normthatbestandsmerkmale die Beweislast in gleicher Weise zu bestimmen, wie wenn dieselben in einer eine stillschweigende Gegennorm nach den angeführten Merkmalen anzeigenden Fassung gegeben wären.

gegengesetzte Rechtswirkung beruft. Diese Gegenwirkung der Anspruchs- und Ergänzungsnormen gegen andere Normen ergibt sich unschwer aus einem Vergleiche des Inhalts der betr. Anspruchs- oder Ergänzungsnorm mit demjenigen der anderen Norm, gegen welche sie gerichtet ist. In vielen Fällen ist diese Gegenwirkung der Anspruchs- und Ergänzungsnormen im Gesetze auch durch eine besondere Gegennorm zum Ausdrucke gebracht.

a) Anspruchsnormen in der Funktion von Gegennormen.

Nach § 604 Abs. 1 B. G.-B. ist der Entleiher verpflichtet, die geliehene Sache nach dem Ablaufe der für die Leihe bestimmten Zeit zurückzugeben; gegen diese Anspruchsnorm tritt die Anspruchsnorm des § 985 B. G.-B., wonach der Eigentümer vom Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen kann, dann in die Funktion einer Gegennorm ein, schließt also mit anderen Worten die Anwendbarkeit der Bestimmung des § 604 Abs. 1 aus, wenn der Entleiher z. Z. der Geltendmachung seiner Rückgabepflicht auf Grund des Leihvertrages Eigentümer der Sache ist. Das Gleiche gilt von allen Fällen, in welchen jemand auf Grund eines obligatorischen Rechtes z. B. eines Mietvertrages, Verwahrungsvertrages die Herausgabe einer Sache verlangen kann, wenn dem obligatorisch hiezu Verpflichteten, z. B. dem Verwahrer, dem Mieter der gleiche Anspruch auf Herausgabe der Sache gegen den obligatorisch Berechtigten auf Grund eines dinglichen Rechtes z. B. eines Nießbrauches,[1]), eines Pfandrechtes,[2]) für den Fall zustehen würde, daß er die betreffende Sache dem obligatorisch Berechtigten herausgibt.[3]) Den Beklagten,

---

[1]) § 1065 B. G.-B.

[2]) § 1227 B. G.-B.

[3]) Wenn man in der Regel hier von einem dem obligatorischen Anspruch entgegenstehenden dinglichen Rechte, z. B von dem dem Anspruch entgegenstehendem Eigentum des Mieters oder Verwahrers spricht, so ist dies nicht ganz korrekt; denn nicht das Eigentum steht dem obligatorischen Anspruch im Wege,

welcher sich in diesen Fällen auf die den erwähnten anderen Anspruchsnormen entgegengerichtete Rechtswirkung der dinglichen Anspruchsnorm beruft, trifft die Beweislast bezügl. des Thatbestandes dieser letzteren Norm; in unserem obigen Beispiele der Gegenwirkung der Anspruchsnorm des § 985 gegen die des § 604 Abs. 1 muß also der Beklagte den Thatbestand der Norm des § 985, also seinen Eigentumserwerb bezüglich der betr. Sache beweisen. Auch die Anspruchsnorm des § 1007 B.G.-B. kann mit den erwähnten auf obligatorischen Rechten gegründeten Anspruchsnormen, also z. B. mit der des § 604 Abs. 1 in Widerstreit geraten, wenn ihre Voraussetzungen bezügl. des obligatorisch Berechtigten und Verpflichteten zutreffen, wenn also z. B. der auf Herausgabe der Sache verklagte Entleiher diese Sache früher im Besitze hatte und der klagende Verleiher bei dem Erwerbe des Besitzes dieser Sache nicht im guten Glauben war;[1] bezügl. dieser Voraussetzungen der Norm des § 1007 Abs. 1 B. G.-B trifft den Beklagten die Beweislast.

Als ein weiteres Beispiel für den Widerstreit von Anspruchsnormen gegen andere Normen soll noch der Fall angeführt werden, daß sich der auf Rückgabe einer gemieteten, geliehenen ꝛc. Sache beklagte Mieter, Entleiher ꝛc. darauf beruft, daß der Kläger ihm diese Sache geschenkt, verkauft ꝛc. habe, hier kann z. B. die Anspruchsnorm des § 433, wonach der Verkäufer einer Sache verpflichtet ist, diese dem Käufer zu übergeben, in Widerstreit geraten mit der Norm

sondern der dem Eigentümer für den Fall, daß er die Sache dem obligatorisch Berechtigten herausgeben würde, zustehende Anspruch auf Rückgabe der Sache, also nicht der Rechtsbegriff des Eigentums, an welchem die verschiedensten Rechtswirkungen angeknüpft sind, sondern die spezielle in § 985 an denselben angeknüpfte Rechtswirkung, nämlich der hier normierte Anspruch.

[1]) Oder wenn die Sache dem Entleiher, dem früheren Besitzer derselben, gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen war (§ 1007 Abs. 2).

des § 556 Abs. 1 B. G.-B., derzufolge der Mieter die gemietete Sache nach Beendigung des Mietverhältnisses zurückgeben muß; den auf Herausgabe der Mietsache beklagten Mieter trifft die Beweislast bezügl. des Thatbestandes der in diesem Fall die Funktion einer Gegennorm einnehmenden Anspruchsnorm des § 433, also darüber, daß er die Mietsache von dem Vermieter (Kläger) gekauft habe.

In anderen Fällen ist der Widerstreit einer Anspruchsnorm mit einer anderen Norm im Gesetze durch eine besondere Gegennorm zum Ausdrucke gebracht; es steht z. B. die Anspruchsnorm des § 1027 B. G.-B., wonach der Grunddienstbarkeitberechtigte von demjenigen, welcher seine Grunddienstbarkeit beeinträchtigt, und sei dies auch der Eigentümer, Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen kann, im Widerstreit mit der Norm des § 1004 B. G.-B., derzufolge der Eigentümer von demjenigen, welcher sein Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung des Besitzes stört, die Beseitigung der Beeinträchtigung zu verlangen berechtigt ist; die Anwendbarkeit des § 1004 wird also für den Fall ausgeschlossen, daß der Störer zur Beeinträchtigung des Eigentums auf Grund einer Grunddienstbarkeit berechtigt ist. Den Grunddienstbarkeitberechtigten, welcher sich gegenüber der Negatorienklage auf die besagte Rechtswirkung des § 1027, welche den Eigentümer zur Duldung der Beeinträchtigung seines Eigentums im Rahmen der Grunddienstbarkeit verpflichtet, beruft, trifft die Beweislast bezügl. des Thatbestandes des § 1027, also bezügl. der Grunddienstbarkeit.[1]) Der Widerstreit jener Anspruchsnormen, welche den Eigentümer zur Duldung der Beeinträchtigung seines Eigentums verpflichten mit der des § 1004, ist hier durch eine besondere Gegennorm im Gesetze zum Ausdruck gebracht; nach § 1004 Abs. 2 ist nämlich der Negatorienanspruch ausgeschlossen, wenn der Eigentümer zur Duldung verpflichtet

[1]) Für das gemeine Recht ist diese Frage sehr bestritten, s. Dernburg, Band I S. 636. Mot. III S. 428.

ist. Durch diese Gegennorm ist die Beweislastverteilung in dem angegebenen Sinne außer Zweifel gestellt; auf ihre Rechtswirkung muß sich der Beklagte berufen; ihn trifft also die Beweislast, daß der Eigentümer zur Duldung verpflichtet ist, d. h. daß der Thatbestand einer ihn hinzu verpflichtenden Norm z. B. der des angeführten § 1027 — daß ihm eine Grunddienstbarkeit zusteht — gegeben ist.

Ebenso ist der Widerstreit dinglicher und persönlicher Anspruchsnormen, welche dem Eigentümer gegenüber zum Besitz berechtigen, d. h. auf Grund welcher von dem Eigentümer die Herausgabe einer Sache verlangt werden kann,[1]) gegenüber der Norm des § 985 B. G.-B. durch eine ausdrückliche Gegennorm im Gesetze hervorgehoben; nach § 986 kann nämlich der nach Maßgabe des § 985 (rei vindicatio) beklagte Besitzer die Herausgabe der Sache verweigern,[2]) wenn er dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt ist.

b) Ergänzungsnormen in der Funktion von Gegennormen.

Auch Ergänzungsnormen stehen mit anderen Normen in Widerstreit, können also in die Funktion von Gegennormen eintreten; die Beweislast trifft nach unserem Beweislastprinzip jenen, welcher sich auf ihre in diesen Fällen anderen Normen entgegengerichtete Rechtswirkung beruft. Es enthält z. B. die Ergänzungsnorm des § 164, wonach derjenige, in dessen Namen und mit dessen Vollmacht ein Rechtsgeschäft vorgenommen, aus diesem Rechtsgeschäft verpflichtet wird, neben dieser Parallelwirkung zugleich eine anderen Normen entgegengerichtete Rechtswirkung, welche im Gesetze nicht aus-

---

[1]) z. B. auf Grund der Anspruchsnorm des § 1065 B. G.-B., wonach der Nießbraucher von dem Besitzer, oder des § 535 B. G.-B., wonach der Mieter von dem Vermieter die Herausgabe der Nießbrauchsache bezw. der Mietsache verlangen können, dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt sind.

[2])Durch diese Fassung: „kann verweigern" ist übrigens eine Einrede im materiell rechtlichen Sinn kenntlich gemacht.

drücklich hervorgehoben ist; diese Gegenwirkung besteht darin, daß derjenige, welcher im Namen eines anderen ein Rechtsgeschäft abschließt, hieraus nicht verpflichtet wird. Es trifft darnach denjenigen, welcher sich auf diese Gegenwirkung beruft, also den Beklagten, der geltend macht, er habe das Rechtsgeschäft nicht in seinem Namen, sondern in dem eines anderen abgeschlossen, die Beweislast bezüglich dieser Behauptung.[1]) Ebenso kann die Ergänzungsnorm des § 398 S. 2 B. G.-B., wonach mit dem Abschlusse eines eine Forderung übertragenden Vertrages der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen tritt, in die Funktion einer Gegennorm treten, indem ihre Rechtswirkung nur in der Richtung, daß der neue Gläubiger forderungsberechtigt wird, anderen Normen parallel, in der Richtung aber, daß der bisherige Gläubiger sein Forderungsrecht verliert, anderen Normen entgegengerichtet ist. Der Schuldner kann sich gegenüber der Klage des bisherigen Gläubigers auf diese Gegenwirkung der besagten Ergänzungsnorm des § 398 berufen, in welchem Falle ihn die Beweislast bezügl. der Voraussetzungen dieser Gegenwirkung, also der Uebertragung der Forderung trifft. Das Gleiche ist zu sagen von der Ergänzungsnorm des § 414 B. G.-B., wonach durch den Schuldübernahmevertrag zwischen Gläubiger und Schuldübernehmer der Letztere an die Stelle des bisherigen Schuldners tritt. Auch in dieser Norm steckt eine Gegenwirkung des Inhalts, daß der bisherige Schuldner von seiner Verpflichtung befreit wird. Als letztes Beispiel von Ergänzungsnormen in der Funktion von Gegennormen sollen die §§ 1924 ff. B. G.-B. angeführt werden. Nach § 1924 sind gesetzliche Erben die Abkömmlinge des Erblassers. Während der That-

[1]) Auch seine Vertretungsmacht muß er im Falle des § 179 Abs. 1 B. G.-B. nachweisen, indem er nach § 179 B. G.-B. dem anderen Contrahenten nach dessen Wahl zur Erfüllung oder Schadenersatz verpflichtet ist, wenn der Vertretene die Genehmigung des Vertrags verweigert.

bestand dieser Norm andere Normen, welche an den Rechtsbegriff: „Erbe" eine Rechtswirkung anknüpfen, ergänzt z. B. die Anspruchsnorm des § 2018 B.G.=B. (Erbschaftsklage), ist seine Rechtswirkung anderen Normen z. B. der des § 1925: „Gesetzliche Erben der zweiten Ordnung sind die Eltern des Erblassers und deren Abkömmlinge" entgegengesetzt; die Rechtswirkung des § 1925 tritt nicht ein, d. h. die Eltern des Erblassers und deren Abkömmlinge sind nicht Erben für den Fall, daß Abkömmlinge des Erblassers vorhanden sind, also der Thatbestand des § 1924 Abs. 1 gegeben ist. Ebenso steht ferner die Rechtswirkung des § 1937 B.G.=B., wonach der Erblasser durch Testament den Erben bestimmen kann, im Widerspruch mit der Rechtswirkung des § 1924 B.G.=B., indem in diesem Falle die dort normirte gesetzliche Erbfolge nicht zur Anwendung kommt. Wer also z. B. die Erbschaftsklage[1]) anstellt, muß beweisen, daß er Erbe geworden sei, daß er ein Abkömmling, ein Elternteil des Erblaßers ꝛc. sei;[2]) den Beklagten trifft die Beweislast, daß er vor dem Kläger zur gesetzlichen Erbfolge berufen oder daß er durch Testament zum Erben eingesetzt sei.[3])

II. Regelmäßig muß sich der Kläger auf eine Anspruchsnorm berufen; aus den oben sub. I a) angeführten Beispielen von Anspruchsnormen in der Funktion von Gegennormen ergibt sich bereits, daß auch der Beklagte häufig in die Lage kommen kann, sich auf Anspruchsnormen zur

---

[1]) § 2018 B.G.=B.

[2]) In diesem Falle kommt die Pararellwirkung des § 1924 B.G.=B. oder des § 1925 B.G.=B. in Betracht, indem ihr Thatbestand — Abkömmling bezw. Eltern des Erblassers — an Stelle des Rechtsbegriffes „Erbe" in die Norm des § 2018 B.G.=B. tritt, dieselbe also ergänzt.

[3]) In diesem Falle kommt die Gegenwirkung des § 1924 B. G.=B. oder des § 1937 in Betracht, indem sie die Anwendbarkeit der §§ 1925 ff. (der § 1937 die des § 1924) ausschließen, d. h. den gesetzlichen Erben späterer Ordnung (der § 1937 auch den ges. Erben I. Ordg.) die Erbenqualität nehmen.

Abwehr des klägerischerseits geltend gemachten Anspruchs zu berufen. Insbesondere wird sich zu diesem Zwecke der Beklagte häufig auf obligatorische Anspruchsnormen berufen müssen; dies ist z. B. stets der Fall, wenn er ein Zurückbehaltungsrecht geltend macht, welches ja darin besteht, daß er dem klägerischen Anspruch einen ihm selbst gegen den Kläger zustehenden Anspruch entgegengestellt, bis zu dessen Befriedigung er die Erfüllung des klägerischerseits geltend gemachten Anspruchs verweigern darf; so kann nach § 273 Abs. 2 B.G.-B. der zur Herausgabe eines Gegenstands verpflichtete Schuldner die Herausgabe desselben verweigern, bis ihm ein durch diesen Gegenstand verursachter Schaden, wegen dessen ihm ein fälliger Anspruch zusteht, ersetzt wird; darnach kann z. B. der Verwahrer gegenüber der Klage des Hinterlegers auf Rückgabe der hinterlegten Sache dieselbe verweigern, bis ihm ein durch die Beschaffenheit der hinterlegten Sache entstandener Schaden ersetzt wird;[1] der Verwahrer beruft sich hier einredeweise auf die Anspruchsnorm des § 694 B.G.-B.

Was das Verhältnis der Gegennormen zur Parteirolle anlangt, so wird sich regelmäßig der Beklagte gegenüber der Anspruchsnorm des Klägers auf eine dieser entgegengerichteten Gegennorm, dagegen der Kläger hinwiederum auf eine dieser Gegennorm entgegengerichteten Gegengegennorm u. s. w. berufen. In vielen Fällen verschiebt sich aber dieses Verhältnis, so z. B. immer dann, wenn Beklagter sich zu seiner Verteidigung auf eine Anspruchsnorm beruft; hier muß sich der Kläger auf eine der gegen die betr. Anspruchsnorm gerichteten Gegennormen im Replikenwege und der Beklagte auf eine der gegen diese Gegennorm gerichteten Gegengegennormen im Duplikenwege u. s. w. berufen. In vielen Fällen muß der Kläger den Thatbestand von Gegennormen bereits zur Begründung seines Anspruchs beweisen; es muß z. B. der Kläger, wenn er im Falle des § 813 Abs. 1 B.G.-B. das

[1] §§ 694, 695 B.G.-B.

zum Zwecke einer Verbindlichkeit Geleistete zurückfordert, beweisen, daß dem befriedigten Anspruch eine peremptorische Einrede entgegenstand.[1] [2])

Zum Schlusse soll noch die Frage gestreift werden, ob durch die Veränderung der Parteirollen im Falle einer negativen Feststellungsklage nach § 231 C.-P.-O., indem also derjenige, welcher im Hauptprozesse als Kläger auftreten müßte, im Feststellungsprozesse der Beklagte, und derjenige, welchem im Hauptprozesse die Rolle des Beklagten zufallen würde, im Feststellungsprozesse Kläger ist, eine entsprechende Verschiebung der Beweislast eintritt. Diese Frage ist zu verneinen. Die Beweislast verteilt sich in der gleichen Weise zwischen Feststellungskläger und Feststellungsbeklagten, wie sie ihnen im Hauptprozesse in der umgekehrten Parteirolle als Beklagten und Kläger zufallen würde. Wenn also A auf Feststellung des Nichtbestehens einer von B in Anspruch genommenen Darlehensforderung klagt, so muß er nur sein Interesse an der alsbaldigen Feststellung nachweisen; B — obwohl im Feststellungsprozesse Beklagter — muß beweisen, daß der Feststellungskläger A das Darlehen von ihm empfangen hat; mißlingt ihm dieser Beweis, so wird er verurteilt; gelingt er ihm, so hat der Feststellungskläger den Thatbestand einer Gegennorm darzuthun, wenn er ein seine Klage abweisendes Urteil vermeiden will.

Der Grund für diese Beweislastverteilung, also dafür, daß trotz der Aenderung der Parteirollen im Feststellungsprozeß die Beweislast die gleiche bleibt wie im Hauptpro-

[1]) Ebenso z. B. §§ 886, 1169, 1254.

[2]) s. Betzinger a. a. O. S. 304 ff.; Hüppner a. a. O. S. 664. Es erhellt hieraus, daß die gewöhnlichen Beweislastregeln: „Kläger muß die anspruchzeugenden Thatsachen, Beklagter die anspruchvernichtenden-, hindernden beweisen,“ nicht ganz korrekt gefaßt sind, da ja auch der Beklagte sich häufig zu seiner Verteidigung auf anspruchzeugende Thatsachen — auf Anspruchsnormen — und der Kläger auf anspruchvernichtende-, hindernde Thatsachen — Gegennormen — berufen muß.

zesse, ist der von Planck[1]) angegebene, nämlich daß der Feststellungsprozeß nur ein abgelöstes Stück des Hauptprozesses ist, daß der Erstere nur zur Erledigung des Letzteren dienen soll.[2])

§ 16.

8. Verhältnis der Behauptungslast zur Beweislast.

Wenn wir von Behauptungs- und Beweislast sprechen, setzen wir stets ein Verfahren mit Verhandlungsmaxime voraus, wie oben § 4 näher ausgeführt wurde. Im Verfahren mit Verhandlungsmaxime kann die Allegation und der Beweis der zur Beweislast der Parteien gehörenden Thatsachen diesen nicht vom Richter abgenommen werden; die Parteien müssen die Thatsachen, welche ihre Beweislast umfaßt, bei Meidung eines ungünstigen Urteils selbst in den Prozeß einführen und, soweit sie beweisbedürftig sind, beweisen. Die Behauptungs- und Beweislast in diesem Sinne sind völlig konform, d. i. alle Thatsachen, auf welche sich die Beweislast einer Partei erstreckt, muß sie in dem von der Verhandlungsmaxime beherrschten Verfahren behaupten und erforderlichenfalls beweisen. Obwohl über diesen Satz, daß die Behauptungs- mit der Beweislast völlig identisch ist, im Allgemeinen Einverständniß herrscht,[3]) so suchen doch manche Schriftsteller daran im Einzelnen in der Weise zu rütteln, daß sie einer Partei in manchen

---

[1]) Planck, Lehrb. d. deutsch. Civ.-Proz.-Rechts II S. 20.

[2]) Gleicher Ansicht: Hüppner a. a. O. S. 644 und 645. Betzinger a. a. O. S. 367.

[3]) s. d. oben § 5 cit. Schriftsteller; ferner Maxen a. a. O S. 63 Anm. 4; Hüppner a. a. O S. 641.

Fällen mehr thatsächliche Behauptungen auferlegen, als zu ehrer Beweislast gehören.[1])[2])

Einige solche die Identität der Behauptungs- und Beweislast verneinende Meinungen sollen im Folgenden angeführt werden.

Fitting[3]) legt dagegen Verwahrung ein, daß alles, was eine Partei in thatsächlicher Hinsicht behaupten müsse, um einen von ihr gestellten Antrag nicht als bodenlos und unverständlich erscheinen zu lassen, im Falle der Bestreitung von ihr auch jedesmal zu beweisen wäre. Hiegegen ist einzuwenden, daß der Antrag einer Partei, welche nur soviele Thatsachen behauptet, als zu ihrer Beweislast gehören, dem Richter nie unverständlich erscheinen kann; der Richter muß eben damit vertraut sein, daß sich an den von der Partei behaupteten Minimalthatbestand die von ihr angerufene Rechtswirkung anknüpft. Die Partei kann ja mehr behaupten; aber sie braucht dem Richter eine nähere Aufklärung über ihren Klage- bezw. Einredegrund nicht zu geben.

Eine weiter verbreitete gegen unseren Satz von der Identität der Behauptungs- und Beweislast verstoßende

[1]) Eine genaue Umgrenzung der Behauptungslast, also die Betonung des Satzes, daß die Partei nicht mehr Thatsachen behaupten müsse, als zu ihrer Beweislast gehören, ist nicht ohne Wert; insbesondere im Falle eines Versäumnisurteils kann diese Frage brennend werden, da nach § 335 Z. 3 C.-P.-O. der Antrag des Klägers auf Erlassung eines Versäumnisurteils zurückgewiesen werden muß, wenn der Kläger Behauptungen in der mündlichen Verhandlung aufstellt, welche zwar zu seiner Beweislast gehören, welche er aber der Partei nicht rechtzeitig mittels Schriftsatzes mitgeteilt hat; nur dann erhält der Kläger ein Versäumnißurteil, wenn er alle die zu seiner Beweislast und damit zu seiner Behauptungslast gehörenden Thatsachen dem Gegner rechtzeitig mittels Schriftsatzes mitgeteilt hat.

[2]) Eine Trennung der Behauptungs- und Beweislast findet nur im Falle der einfachen Rechtsvermutungen statt.

[3]) a. a. O. S. 8.

Ansicht wird von Unger[1]) vertreten; derselbe meint, daß die Partei, welche ein Recht in Anspruch nimmt, das Fortbestehen dieses Rechtes behaupten müsse, da sie das Recht als ein gegenwärtiges in Anspruch nehme, dagegen freilich diese allgemeine Behauptung durch Anführung individueller Thatsachen nicht zu substanzieren brauche. Zuzugeben ist, daß man in der Behauptung eines prozessualischen Klagegrundes und den Antrag auf Verurteilung des Beklagten immer eine stillschweigende Behauptung des Inhalts erblicken kann, daß das von der Partei beanspruchte Recht gegenwärtig existiert. Allein unrichtig wäre es, von der Partei neben der Behauptung des gesetzlichen Minimalthatbestandes ihres Anspruches noch eine ausdrückliche Behauptung des Inhalts zu verlangen, daß der geltend gemachte Anspruch gegenwärtig noch existiere. Zu beweisen braucht sie eine solche Behauptung jedenfalls nicht; sie kann ja auch nicht bewiesen werden; der Richter kann aber nur berücksichtigen, was ihm bewiesen wird; die bloße Behauptung ohne Beweis kommt für ihn nicht in Betracht. Was sollte eine solche Behauptung für einen Wert haben!

Regelmäßig werden die Parteien vielmehr Behauptungen im Prozesse aufstellen, als nach ihrer Behauptungslast erforderlich wäre. Solche über die Behauptungslast der Parteien hinausgehende thatsächliche Behauptungen können irrelevant[2]) sein z. B. wenn der Darlehenskläger in der Verhandlung behauptet, daß der Beklagte mit ihm verwandt sei. Sehr oft behaupten die Parteien Thatsachen, welche zwar nicht irrelevant sind, welche aber nicht zur Beweislast

[1]) a. a. O. II S. 365; ebenso Reinhold a. a. O. S. 33.

[2]) Relevant sind jene Thatsachen, welche zum Thatbestande der im Prozesse angerufenen Anspruchsnorm oder zu dem einer gegen sie gerichteten Gegennorm ꝛc., welche also zur Beweislast des Klägers oder zu der des Beklagten gehören; irrelevant sind alle jene Thatsachen, welche weder zu der Beweislast des Klägers noch zu der des Beklagten gehören.

der sie behauptenden Partei, sondern zu der des Gegners gehören; dies ist z. B. der Fall, wenn die Parteien die Abwesenheit des Thatbestandes einer der von ihnen angerufenen Anspruchsnorm entgegengerichteten Gegennorm behaupten, so z. B. daß der Schuldner seiner Verpflichtung nicht nachgekommen sei, daß er nicht bezahlt habe; die Thatsache der Erfüllung z. B. der Zurückzahlung eines Darlehens ist zweifellos eine relevante Thatsache; aber sie gehört nicht zur Beweislast des Klägers sondern zu der des Beklagten.[1]) Das Gleiche gilt von folgendem Falle: Der Gläubiger, welcher Verzugszinsen fordert, braucht lediglich zu behaupten, daß er nach Eintritt der Fälligkeit der Schuld den Schuldner gemahnt habe;[2]) der Richter muß wissen, daß sich an diesen Minimalthatbestand die vom Schuldner beanspruchte Rechtsfolge — Verpflichtung zur Zahlung von Verzugszinsen — anknüpft. Der Gläubiger braucht nicht etwa zur näheren Instruktion des Richters hinzuzufügen, daß der Schuldner trotz der Mahnung nicht gezahlt habe.

Unger[3]) ist in diesem Punkte anderer Ansicht; in den Fällen, wo durch das Gesetz oder Privatwillkür an die Nichterfüllung einer Obligation rechtliche Nachteile für den Schuldner, rechtliche Vorteile für den Gläubiger angeknüpft seien, meint er, müsse der Gläubiger, wenn er ein solches Recht vor Gericht geltend mache, die Nichterfüllung der Obligation behaupten, da sie Voraussetzung seines Anspruchs sei; dennoch habe nicht er diese Behauptung, sondern vielmehr sein Gegner die behauptete Erfüllung seiner Obligation zu beweisen. Der

---

[1]) Wenn wir häufig in den Klageschriften finden, daß der Gläubiger den Schuldner mehrfach zur Zahlung aufgefordert habe, daß der Schuldner trotz Mahnung nicht gezahlt habe, so ist dies stets dann die Behauptung einer irrelevanten Thatsache, wenn nicht gerade auf Grund einer solchen Mahnung ein besonderer Nebenanspruch z. B. auf Verzugszinsen geltend gemacht wird. Unger a. a. O. II S. 463.

[2]) § 284 B.G.B.

[3]) a. a. O. II S. 556.

Grund, den Unger für seine erwähnte Ansicht anführt, nämlich daß die Nichterfüllung der Obligation Voraussetzung des Anspruchs des Gläubigers sei, ist wohl kaum stichhaltig. denn Voraussetzungen des Anspruchs des Gläubigers ist es ebensogut, daß nicht der Thatbestand einer anderen Gegennorm Platz greift, z. B. daß der Schuldner nicht geschäftsunfähig gewesen sei; in jenen Kreis der Voraussetzungen des klägerischen Anspruchs aber, welche den prozessualischen Klagegrund ausmachen, welche zur Beweislast des Klägers gehören, gehört die Thatsache der Nichterfüllung in den angeführten Fällen nicht.

In die Reihe der über die Behauptungslast der Parteien hinausgehenden Behauptungen gehört endlich auch noch der Fall, daß die Partei selbst den Thatbestand irgend eine ihrem Anspruch, ihrer Einrede 2c. entgegengerichteten Gegennorm anführt und damit zugesteht; so z. B. wenn der auf Zahlung einer Verbindlichkeit Klagende selbst anführt, daß der Beklagte dem Ueberbringer einer Quittung Zahlung geleistet habe, welche aber nicht an ihn gelangt sei. Durch eine derartige Behauptung entzieht die Partei selbst dem von ihr geltend gemachten Anspruch, der vorgebrachten Einrede 2c. die Wirksamkeit; will sie dies vermeiden, so muß sie zugleich mit der Allegation des Thatbestandes einer ihren Anspruch 2c. aufhebenden Gegennorm den Thatbestand einer gegen diese Gegennorm gerichteten Gegengegennorm anführen und beweisen, z. B. in dem obigen Beispiele, daß dem Beklagten Umstände bekannt gewesen seien, welche der Annahme einer Ermächtigung zum Empfange der Zahlung entgegenstanden.[1])

[1] § 370 B. G.-B.